Die dingliche Surrogation beim Gesellschaftsvermögen, im Familien- und Erbrecht nach dem B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kaiser Wilhelms-Universität zu Strassburg

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

PAUL SPINDLER

Referendar

aus

Mülhausen i. E.

STRASSBURG i. E.

Elsass-Lothr. Druckerei, Abtlg. Müh & Cie., Kinderspielgasse 20.

1914.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Straßburg.

Referent: Prof. Dr. Kisch.

Inhalts-Übersicht.

Seite

§ 1. Einleitung: Kurze Übersicht über die Geschichte des Surrogationsgrundsatzes 5

A. Die Bedeutung der Vorschriften über dingliche Surrogation.

§ 2. I. Die Bedeutung einer Surrogationsvorschrift bei Vermögen im allgemeinen 8

§ 3. II. Die Bedeutung der Surrogationsvorschriften beim eingebrachten Gut der Frau im gesetzlichen ehelichen Güterrecht und beim Kindesvermögen (§§ 1381, 1382 und 1646) 10

§ 4. III. Die Bedeutung der Surrogationsvorschriften bei den sogenannten Sondervermögen (§§ 1370, 1524 u. 1638) 25

§ 5. IV. Die Bedeutung der Surrogationsvorschriften beim Nachlaß (§§ 2019 und 2111) 38

§ 6. V. Die Bedeutung der Surrogationsvorschriften bei den Gesamtvermögen (§§ 1473, 2041 und 718) 64

B. Die juristische Eigentümlichkeit der Vorschriften über dingliche Surrogation.

§ 7. I. Übersicht über die Versuche, die einzelnen Surrogationsvorschriften als Anwendungsfälle des Surrogationsgrundsatzes darzustellen 77

§ 8. II. Das Wesen der Vorschriften über dingliche Surrogation in der sogenannten objektiven Form 89

§ 9. III. Das Wesen der Vorschriften über dingliche Surrogation in der sogenannten subjektiven Form . . . 95

§ 10. Schluß: Die Unmöglichkeit einer analogen Anwendung der Surrogationsvorschriften 102

Einleitung.

§ 1.

Kurze Übersicht über die Geschichte des Surrogationsgrundsatzes.

I. Der sogenannte Surrogationsgrundsatz ist von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz aufgestellt worden. Damals kam die Unterscheidung auf zwischen universitates juris und universitates facti, zwischen Gesamtheiten, die nach sachlichen, und solchen, die nach rechtlichen Gesichtspunkten gebildet werden. Bei den Sachgesamtheiten scheide eine Sache durch Verkauf aus der Gesamtheit aus. Der Entgelt für die verkaufte Sache werde nicht an deren Stelle ein Bestandteil der Gesamtheit. Das sei nur der Fall bei den Rechtsgesamtheiten, bei den Vermögensmassen. Hier allein gelte der Surrogationsgrundsatz, dem man die Formulierung gab: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii. So kam die Meinung auf, daß der Surrogationsgrundsatz ein Rechtssatz sei, der bei den universitates juris allgemein gelte.

Durch die Arbeiten von Hasse[1]) und Mühlenbruch[2]) wurde diese Meinung erschüttert. Mühlenbruch insbesondere wies nach, daß die Quellen weder

[1]) Hasse, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 5, Nr. 1.
[2]) Mühlenbruch, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 17, Nr. 2.

diesen Satz enthalten, noch mit anderen Worten einen Rechtssatz gleichen Inhalts aussprechen, sondern daß erst die Postglossatoren im Anschluß an die in dieser Zeit aufgekommene prinzipielle Unterscheidung von universitates juris und universitates facti diese Regel aufstellten. Von da an ließ die gemeinrechtliche Wissenschaft die Regel: pretium succedit in locum rei, etc. als einen für die universitates juris im allgemeinen geltenden Rechtssatz fallen. Nur für die Erbschaftsklage wollten einige ihm noch eine gewisse Geltung zusprechen [3]). Daneben mehrten sich aber die Schriftsteller, welche diesen Satz auch bei der hereditatis petitio völlig verwarfen und die Quellenstellen, die Anlaß zur Aufstellung dieses Satzes gegeben hatten, auf andere Grundgedanken zurückführten. Insbesondere haben Scherer [4]) und Leonhard [5]) überzeugend nachgewiesen, daß der Surrogationsgrundsatz in den Quellen im Gebiet der hereditatis petitio nicht als Rechtssatz, sondern nur als Ausdruck einer auf anderen Gründen beruhenden Rechtswirkung vorkommt. Man wird also das Urteil über diesen Satz dahin zusammenfassen dürfen: er ist im römischen Recht nicht als ein Rechtssatz aufzufassen, der die Surrogation anordnet, sondern er bringt nur zum Ausdruck, daß bestimmte Rechtswirkungen insbesondere bei der hereditatis petitio als Surrogationsvorgänge innerhalb einer Vermögensmasse erscheinen.

II. Im B. G. B. ist nun zwar kein Rechtssatz aufgestellt, der die Surrogation für die Vermögensinbegriffe im allgemeinen vorschreibt. Aber die Lehre der älteren gemeinrechtlichen Doktrin, daß den universitates juris die Surrogation eigentümlich sei, hat schon soweit nachgewirkt,

[3]) Vergl. Scherer, Erklärung des Satzes: res succedit in locum etc., Diss. Göttingen 1890, S. 13 ff. Raasch, Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage, Diss. Greifswald 1903, S. 16 ff.

[4]) Scherer, a. a. O., S. 70.

[5]) Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, Jena 1899, S. 89 ff.

daß das B. G. B. in einigen ganz bestimmten Fällen der Vermögensbildung den Surrogationsgrundsatz zur Geltung gebracht hat. In diesen Vorschriften ist die Surrogation derart mit dinglicher Wirkung ausgestattet, daß dem Surrogationsberechtigten kraft Gesetzes ohne weiteres das Surrogat zufällt.

Davon war im ersten Entwurf noch abgesehen worden, weil «eine solche Vorschrift mit wichtigen für den Verkehr mit Sachen aufgestellten Grundsätzen in Widerspruch stehen würde» [6]). Die Surrogation mit dinglicher Wirkung ist aber im zweiten Entwurfe durchgeführt worden, sodaß wir es im B. G. B. beim Gesellschaftsvermögen und bei den Vermögensmassen im Familien- und Erbrecht, bei denen der Surrogationsgrundsatz gilt, mit sogenannter dinglicher Surrogation zu tun haben. Die hauptsächlichsten Vorschriften, die diesen Grundsatz der dinglichen Surrogation zum Ausdruck bringen, sind folgende: § 718 für das Gesellschaftsvermögen, § 1370 für das Vorbehaltsgut, §§ 1381, 1382 für das eingebrachte Gut der Frau, § 1473 für das Gesamtgut, § 1524 für das eingebrachte Gut der Ehegatten bei der Errungenschaftsgemeinschaft, §§ 1638, 1646 für das Vermögen des Kindes, § 2019 beim Erbschaftsanspruch, § 2041 für die Erbengemeinschaft und § 2111 bei der Nacherbschaft. Es soll nun zunächst untersucht werden, welche Bedeutung diese Vorschriften bei den einzelnen Vermögensmassen haben, und dann welches ihre juristische Eigentümlichkeit ist.

[6]) Motive zu dem Entwurf eines B. G. B., Bd. 5, S. 584.

A. Die Bedeutung der Vorschriften über dingliche Surrogation.

§ 2.

I. Die Bedeutung einer Surrogationsvorschrift bei Vermögen im allgemeinen.

I. Um die Bedeutung der Surrogationsvorschriften bei den einzelnen Vermögensmassen zu verstehen, ist davon auszugehen, daß der Bestand eines Vermögens fortgesetzt Wandlungen unterworfen ist. Die Bestandteile eines Vermögens wechseln immerfort. Es scheiden Rechte aus und es treten andere hinzu. Dieser Wechsel, diese Wandlungen vollziehen sich im Vermögen eines Subjekts ganz natürlich. Die Rechte, die das Subjekt erwirbt, fallen notwendig in sein Vermögen, ohne daß es einer speziellen Vorschrift bedürfte, um diese Wirkung herbeizuführen. Das folgt aus dem Begriff des Vermögens. Das Vermögen eines Subjekts ist die Gesamtheit aller geldwerten Rechte, die ihm zustehen. Es ist nicht die Summe aller Rechte, die eine Person in einem gegebenen Moment (z. B. bei der Konkurseröffnung) hat[1]). Wenn es das wäre, so müßte der Verlust von Rechten und der Erwerb anderer

[1]) Das ist kein Widerspruch zu der Definition, die v. Tuhr (der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910) auf Seite 318, 328 gibt, denn auch v. Tuhr unterscheidet das Vermögen als Gesamtheit der Rechte von der Summe der dem Subjekt in einem gegebenen Moment zustehenden Rechte; vgl. S. 321, 329.

Rechte den Untergang des bisherigen und die Entstehung eines neuen Vermögens bewirken. Das Vermögen bleibt aber immer ein und dasselbe, es bleibt immer das Vermögen des einen Subjekts; es enststeht mit ihm und geht mit ihm unter. Nur der Bestand des Vermögens wechselt mit der Zeit. Es besteht das eine Mal aus der Summe dieser Rechte, das andere Mal aus der Summe anderer. Das Vermögen als solches ist aber die Gesamtheit aller Rechte, die jeweils einem Subjekt zustehen. Darum fallen alle Rechte, die das Subjekt erwirbt, allemal in sein Vermögen.

II. Nun wird aber das Vermögen einer Person nicht immer von ihr selbst verwaltet. Die Verwaltung des Vermögens der Frau und des Vermögens des Kindes steht von Gesetzes wegen dem Mann bezw. dem Vater zu, so daß sich mehrere Vermögen in der Hand einer Person befinden. In manchen Fällen stellt auch das Gesetz einen ganzen Komplex von Rechten unter besondere Rechtsnormen, die für Vermögensrechte im allgemeinen nicht gelten. Dadurch bildet sich «ein engerer, durch besondere Kriterien fest abgegrenzter Kreis von Rechten, der wie das normale Vermögen der wirtschaftlichen Entwicklung fähig ist. Man spricht von Sondervermögen oder Sondergut» [2]). Ein solches Vermögen ist z. B. das Vorbehaltsgut der Frau, das dem gesetzlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes entzogen ist. Ferner wird mit dem Tode einer Person ihr Vermögen nicht sofort aufgelöst; es zerfällt nicht in einzelne Rechte, sondern geht als Ganzes auf den Erben über. Erst durch die Verschmelzung mit dem Vermögen des Erben verliert das Vermögen des Erblassers seine Individualität. Aber die Verschmelzung kann durch verschiedene Rechtshandlungen und andere Umstände zeitweilig aufgehalten sein, sodaß der Nachlaß auch nach dem Tode des Erblassers

[2]) v. Tuhr, a. a. O., S. 331.

ein selbständiges Vermögen bildet[3]). Schließlich gibt es auch Vermögen, das dadurch ein gesondertes Dasein führt, daß es mehreren Personen zusammen gehört: das Vermögen zur gesamten Hand. «Mehrere Personen, von denen jede ein eigenes Vermögen hat oder haben kann, sind zugleich in ihrer Gesamtheit Subjekt eines ihnen gemeinsam zustehenden Vermögens.» «Solches Gesamthandsvermögen kommt, wie das Sondergut, nur in gesetzlich festgestellten Fällen vor: bei der Gesellschaft, Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft[4]).»

In allen diesen 4 Gruppen von Vermögensarten vollzieht sich die natürliche wirtschaftliche Entwicklung, die Wandlung der Rechte, nicht notwendig von selbst. Was z. B. der Verwalter des fremden Vermögens erwirbt, das fällt in der Regel nicht in das fremde Vermögen, sondern in sein eigenes. Oder was das Subjekt des Sondervermögens erwirbt, das fällt in der Regel nicht in dieses, sondern in sein Hauptvermögen[5]). In gewissen Fällen kann es aber als notwendig erscheinen, daß der Erwerb in das fremde oder das Sondervermögen fällt. Um das zu bewirken, bedarf es besonderer gesetzlicher Vorschriften, in denen der Grundsatz der dinglichen Surrogation zur Geltung gebracht ist.

§ 3.

II. Die Bedeutung der Surrogationsvorschriften beim eingebrachten Gut der Frau im gesetzlichen ehelichen Güterrecht und beim Kindesvermögen (§§ 1381, 1382 und 1646).

A. I. 1. Nach dem gesetzlichen ehelichen Güterrecht wird durch die Eheschließung das Vermögen der Frau der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unter-

[3]) v. Tuhr, a. a. O., S. 322.

[4]) v. Tuhr, a. a. O., S. 348.

[5]) Zur Bezeichnung des allgemeinen Vermögens eines Subjekts brauche ich den Ausdruck «Hauptvermögen», während der Ausdruck

worfen (§ 1363 Abs. 1). Nicht nur das Vermögen, das sie zur Zeit der Eheschließung hat, erleidet dieses Schicksal, sondern auch alles, was sie während der Ehe erwirbt (§ 1363 Abs. 2). Der Mann erhält durch die Eheschließung kraft Gesetzes das Recht, das ganze jeweilige Vermögen der Frau, die Gesamtheit aller ihrer Rechte zu verwalten und die Nutzungen davon zu ziehen.

Nur einige in den §§ 1366—1370 näher bezeichnete Rechte sind davon ausgenommen. Dieser Kreis von Rechten wird als Vorbehaltsgut bezeichnet und von der Frau selbst nach den Vorschriften über die Gütertrennung verwaltet. Es ist ein Sondervermögen der Frau, da für diese Rechte andere Vorschriften gelten, als für das Vermögen der Frau im allgemeinen. Das Hauptvermögen der Frau, das der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen ist, wird als eingebrachtes Gut bezeichnet.

Die Veränderung des Bestandes dieses sogenannten eingebrachten Gutes ist wesentlich bedingt durch Rechtsgeschäfte. Kraft seines Verwaltungsrechtes kann der Mann dieses Vermögen durch Verfügungen vermindern und durch Erwerb vergrößern. Er ist bei seinen Verfügungs- und Erwerbshandlungen nicht genötigt im Namen der Frau aufzutreten. Nach dem ersten Entwurf sollte er zwar die Verwaltung des eingebrachten Gutes als Stellvertreter der Frau zu besorgen haben (vgl. Entw. I, §§ 1318—1322), aber diese Beschränkung ist fallen gelassen worden. Der Mann kann sowohl im eigenen Namen wie auch im Namen der Frau handeln[1]).

2. Wenn der Mann als Stellvertreter der Frau auftritt, so ergeben sich keine vermögensrechtliche Schwierig-

«Gesamtvermögen» nach dem Vorgehen v. Tuhrs zur Bezeichnung des Vermögens einer Gemeinschaft zur gesamten Hand gebraucht wird.

[1]) Windmüller, a. a. O., S. 39; Staudinger, Kommentar zum B. G. B., 5./6. Aufl., Bem. 3 zu § 1374.

keiten. Die Veränderung des Bestandes des eingebrachten Gutes vollzieht sich nach den allgemeinen Vorschriften über Vermögenserwerb und Verfügung. Die Wirkungen eines Geschäfts treten unmittelbar für und gegen die Frau ein (§ 164). Durch eine Verfügung im Namen der Frau scheidet ein Gegenstand unmittelbar aus dem eingebrachten Gute aus. Durch einen Erwerb im Namen der Frau wird der erworbene Gegenstand unmittelbar Vermögen der Frau. Die Geschäfte, die der Mann als Stellvertreter der Frau abschließt, werden also hinsichtlich ihrer Wirkung so behandelt, als wären sie von der Frau selbst vorgenommen.

Dazu kommt, daß ein Geschäft des Mannes diese unmittelbare Wirkung für und gegen die Frau nur ausübt, wenn der Mann zu diesem Geschäft berechtigt war. Sofern nur ein Erwerb in Betracht kommt, hat der Mann immer die Berechtigung. Um aber die Frau zu verpflichten oder um über Gegenstände des eingebrachten Gutes zu verfügen, bedarf er im allgemeinen ihrer Zustimmung. Nur die in § 1376 näher bezeichneten Fälle bilden eine Ausnahme. Er kann nämlich ohne Zustimmung der Frau: 1. über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau verfügen; 2. Forderungen der Frau gegen solche Forderungen an die Frau, deren Berechtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann, aufrechnen; 3. Verbindlichkeiten der Frau zur Leistung eines zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstandes durch Leistung des Gegenstandes erfüllen. In diesen Fällen wirkt die Handlung des Mannes an sich schon für und gegen die Frau. Sonst wird eine Verfügung im Namen der Frau nur wirksam, wenn auch ihre Zustimmung dazu gegeben ist. Wenn also der Mann die Verwaltung des eingebrachten Gutes im Namen der Frau führt, ist keine Gefahr vorhanden, daß die Frau in ihren Rechten verletzt wird. Es bedarf also keiner besonderen Vorschriften, um sie in ihrem Recht zu schützen.

3. Wenn aber der Mann bei der Verwaltung des eingebrachten Gutes nicht als Stellvertreter der Frau, sondern im eigenen Namen handelt, besteht die Gefahr, daß sich das Vermögen durch Verfügung vermindert ohne sich durch Erwerbungen entsprechend zu vermehren. Denn einerseits kann dann der Mann Verfügungen treffen, die ohne ihre Zustimmung ihr gegenüber wirksam sind. Das ist insbesondere der Fall bei beweglichen Sachen infolge der Grundsätze des guten Glaubens. Wenn der Dritte, dem der Mann eine bewegliche Sache aus dem eingebrachten Gut veräußert, im guten Glauben ist, d. h. wenn ihm weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache der Frau gehört, so wird er rechtmäßiger Eigentümer der Sache (§§ 932 ff.), und dadurch geht sie der Frau verloren. Ähnlich ist die Sachlage bei den Inhaberpapieren. Auch hier ist der Mann zwar nicht zur Verfügung berechtigt; aber der Dritte, der im guten Glauben ein solches Papier vom Mann erwirbt, wird rechtmäßiger Inhaber.

Andererseits fällt ein Erwerb, den der Mann für die Frau machen will, nicht unmittelbar ins eingebrachte Gut, wie wenn er in ihrem Namen handelt. Wenn der Mann im eigenen Namen handelt, fällt ein Erwerb in sein Vermögen. Erworbene Forderungen werden seine Forderungen, erworbene Sachen fallen in sein Eigentum. Damit dieser Erwerb der Frau zukomme, muß er das Recht, das er für sich erworben hat, auf die Frau übertragen. Wenn der Mann für Rechnung der Frau das Recht erwerben wollte, so ist der Mann sogar verpflichtet, zu dieser Übertragung. Denn entweder liegt ein Auftrag oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag vor; auf Grund von beiden aber ist er verpflichtet, das herauszugeben, was er aus der Geschäftsführung erlangt hat (§ 667 und § 681). Dieser Verpflichtung wird der Mann in der Regel auch nachkommen, falls es sich um Grundstücke handelt, oder

um Rechte, zu deren Übertragung eine bestimmte Form vorgeschrieben ist. Er wird sich immer bewußt sein, daß er gewisse Formalitäten vornehmen muß, um seine Verpflichtung zu erfüllen. Aber zur Übertragung von beweglichen Sachen, die er erworben hat, bedarf es nur einer formlosen Einigung zwischen den Ehegatten. Eine Übergabe der Sache, die außer der Einigung zur Übertragung des Eigentums im allgemeinen erforderlich ist (§ 929), braucht hier nicht stattzufinden, weil der Mann berechtigt ist, die zum eingebrachten Gut gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen (§ 1373). Die Übergabe braucht auch nicht ersetzt zu werden durch ein constitutum possessorium (§ 930). Das Rechtsverhältnis, vermöge dessen die Frau den mittelbaren Besitz erlangt, braucht nicht vereinbart zu werden; es ist in dem Augenblick vorhanden, wo die Ehegatten sich über den Eigentumsübergang einig sind. Infolge dieser Sachlage wird sich der Mann meistens gar nicht bewußt sein, daß es noch dieser Einigung, dieses abstrakt dinglichen Vertrags bedarf, um seine aus der Geschäftsführung erwachsende Verpflichtung zu erfüllen. Diese Einigung und damit die Übertragung des Eigentums wird darum in der Regel unterbleiben und die Frau wird statt dieser Sache nur den Anspruch auf Übertragung derselben haben.

Ähnlich liegt der Fall, wenn es sich um gewöhnliche Forderungen handelt; auch hier bedarf es nur eines abstrakten formlosen Vertrags (§ 398), um das Forderungsrecht, das der Mann für sich erworben hat, auf die Frau zu übertragen. Auch in diesem Falle wird sich der Mann nicht bewußt sein, daß ein solcher Vertrag erforderlich ist, und er wird darum dieses Rechtsgeschäft unterlassen. Auch hier wird also die Frau statt des Rechtes selbst einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung desselben haben. Dieser Anspruch würde sich, wenn die Leistung infolge eines Verschuldens des Mannes unmöglich wäre, in einen Schadensersatzanspruch oder in

einen Anspruch auf Herausgabe des Surrogates gemäß §§ 280, 281 verwandeln.

Wenn also der Mann bei der Ausübung seines Verwaltungsrechts im eigenen Namen handelt, so besteht die Gefahr, daß sich das Vermögen der Frau mindert und der Zuwachs sich nur sehr unvollkommen vollzieht. Insbesondere infolge von Umsatzgeschäften kann das eingebrachte Gut der Ehefrau sich in bloße Ersatzansprüche gegen ihren Mann verwandeln, wodurch die Frau namentlich im Konkurse des Mannes als nichtprivilegierte Konkursgläubigerin leicht einen Ausfall erleidet[2]). Um die Frau vor dieser Gefahr zu schützen, um die Substanz des eingebrachten Gutes in der ehemännlichen Verwaltung möglichst zu erhalten, sind die Surrogationsvorschriften der §§ 1381 und 1382 ins Gesetz aufgenommen. Sie sollen die Rechte, die der Mann in eigenem Namen für die Frau erwirbt, dem Vermögen der Frau auch wirklich zuführen und dadurch die ordnungsmäßige Verwaltung des Frauenvermögens sichern. Es fließt aber nicht jedes Recht, das der Mann in Ausübung seines Verwaltungsrechts erwirbt, dem Vermögen der Frau zu, sondern dieser Zuwachs ist in den §§ 1381 und 1382 an bestimmte Voraussetzungen geknüpft.

II. 1. Der § 1381 bestimmt, daß alle beweglichen Sachen, dingliche Rechte an solchen und sonstige durch Vertrag übertragbare Rechte, die der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes erwirbt, unmittelbar mit dem Erwerb der Frau zufallen, es sei denn, daß der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will. Im zweiten Satz wird noch hervorgehoben, daß diese Bestimmung insbesondere von Inhaberpapieren und mit Blankoindossament versehenen Orderpapieren gilt. Es müssen also nach § 1381 verschiedene Voraussetzungen

[2]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines B. G. B., Bd. 4, S. 185 ff.

gegeben sein, damit ein Recht, das der Mann im eigenen Namen erworben hat, auf die Frau übergehe. Erstens müssen es leicht übertragbare Rechte sein wie bewegliche Sachen und dingliche Rechte an solchen oder einfache Forderungen. Warum nur leicht übertragbare Rechte in Betracht kommen, ist oben schon dargestellt worden. Ferner müssen diese Rechte «mit Mitteln des eingebrachten Gutes» erworben sein. Aber auch wenn alle diese Voraussetzungen vorliegen, findet der Erwerb der Frau nicht statt, wenn der Mann das fragliche Recht nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben wollte.

2. Über die Bedeutung des Begriffs «mit Mitteln des eingebrachten Gutes» wird gestritten. Die allgemeine Ansicht geht dahin, daß ein Erwerb mit Mitteln eines Vermögens identisch ist mit dem Erwerb durch eine dem Subjekt dieses Vermögens gegenüber wirksame Verfügung über ein Recht desselben [3]). Diese Auffassung scheint mir aber zu eng zu sein und auf unhaltbaren Voraussetzungen zu beruhen. Sie geht davon aus, daß ein Gegenstand mit Mitteln eines Vermögens erworben ist, wenn dafür Mittel dieses Vermögens hingegeben sind, und behauptet, durch Verwendung der Mittel müsse eine Verminderung der Substanz des Vermögens hervorgerufen sein [4]). Diese allgemeine Ansicht kann sich aber nicht auf die Tendenz des Gesetzes berufen [5]). Denn der Zweck der Vorschrift ist nicht so sehr, eine Verminderung der Substanz des eingebrachten Gutes zu verhindern, als vielmehr die Verwirklichung von obligatori-

[3]) Vergleiche insbesondere Windmüller, a. a. O., S. 45 ff., und Beyer, a. a. O., S. 132 ff.

[4]) So Feist, Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrechte, Tübinger Diss., Halle 1903, S. 34, im Anschluß an Thiele, Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 91, S. 16 f.

[5]) Thiele, a. a. O., S. 17; Feist, a. a. O., S. 34.

schen Ansprüchen der Frau gegen ihren Mann zu sichern und das eingebrachte Gut gegen eine Auflösung seines Bestandes in obligatorische Ansprüche zu schützen[6]). Die allgemeine Ansicht kann auch nicht wohl darauf begründet werden, daß § 1381 ein Anwendungsfall des Satzes: pretium succedit in locum rei, etc. ist; denn dieser Satz kann nicht verbindlich sein für die Auslegung der sogenannten Surrogationsvorschriften des B. G. B. Die Bedeutung dieser Vorschriften muß aus dem Zusammenhang und aus dem Zweck des Gesetzes selbst erkannt werden. Von diesen beiden aber berechtigt keiner, dem Ausdruck «Erwerb mit Mitteln» eine beschränkende Auslegung zu geben.

Dem Gesetzgeber schwebte bei diesem Ausdruck offenbar nur ein wirtschaftlicher Vorgang vor. Das ergibt sich aus dem Begriff «Mittel», der ein rein wirtschaftlicher ist und wohl schwerlich schon infolge seiner Aufnahme in das Gesetz ein juristischer geworden ist. Dieser Ausdruck ist meines Erachtens bei der Sachlage des § 1381 durchaus angebracht. Denn die Frau ist nach wie vor Subjekt der Rechte des eingebrachten Gutes. Das eingebrachte Gut gehört ihr. Aber durch sein Verwaltungsrecht hat der Mann die tatsächliche Gewalt über dieses Vermögen, er kann die wirtschaftliche Macht und kann den Wert dieses Vermögens ausnutzen. Er ist zwar nicht rechtlich, aber tatsächlich Herr des Vermögens. Er hat nicht die Rechte, aber die Mittel des Vermögens. Wenn er ein Recht mit Mitteln des eingebrachten Gutes erwirbt, so erwirbt er es vermöge der wirtschaftlichen Macht, die der Besitz dieses Vermögens ihm gewährt. Der Erwerb braucht darum nicht mit einer Verminderung der Substanz des Vermögens verbunden zu sein. Die Rechte, die durch Überlassung des Gebrauchs oder durch Verpfändung erlangt werden, können auch als Erwerb mit

[6]) Vergl. Protokolle, Bd. 4, S. 170, 185.

Mitteln bezeichnet werden. Und hierbei erfährt die Substanz des Vermögens keine Einbusse. Allerdings wird aber in diesen Fällen die Wirkung des § 1381 nicht eintreten, wenn es sich um Nutzungen handelt; denn diese stehen dem Manne zu (§ 1383). Jede Verwendung und Ausnutzung eines Vermögenswertes des eingebrachten Gutes kann als eine Verwendung von Mitteln des eingebrachten Gutes angesehen werden. Ein Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes wird also, objektiv betrachtet, sich immer als eine Verwaltungshandlung des Mannes darstellen. Diese unsere Auffassung des Ausdrucks «Erwerb mit Mitteln» wird sich noch bestätigt finden beim Erbschaftsanspruch, wo er ebenfalls vorkommt.

3. Ob ein Erwerb mit Mitteln vorliegt, das entscheidet sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Aber die Frage, welche Mittel zum eingebrachten Gut gehören, ist eine juristische [7]). «Man wird als Mittel eines Menschen nur solche, aber auch alle solchen Gegenstände ansehen, die, juristisch betrachtet, zu seinem Vermögen gehören» [8]). Mittel des eingebrachten Gutes insbesondere sind solche Gegenstände, die der Frau als der Berechtigten zustehen und die der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen sind. Und nur wenn Mittel des eingebrachten Gutes verwendet werden, ist der Tatbestand des § 1381 gegeben. Auf den Erwerb hingegen, den der Mann mit anderen Mitteln, z. B. mit solchen des Vorbehaltsguts macht, findet die Vorschrift des § 1381 keine Anwendung; denn der Wortlaut des Paragraphen spricht nur von «Mitteln des eingebrachten Gutes». Ein solcher Erwerb bleibt in dem Vermögen des Mannes [9]). Das Gesetz will die Frau nur schützen gegen die Gefahr, die das gesetzliche Verwaltungsrecht mit sich bringt. «Räumt sie jedoch freiwillig dem Manne das Recht ein, über Vorbe-

[7]) Insofern hat auch Windmüller, a. a. O., S. 44 ff. Recht.
[8]) So Windmüller, a. a. O., S. 44.
[9]) So alle Kommentare, vergl. auch Thiele, a. a. O., S. 35 ff.

haltsgut zu verfügen, so hat sie es sich selbst zuzuschreiben, wenn sich ein Teil ihres Vorbehaltsgutes in eine bloße Ersatzforderung gegen den Mann umwandelt» [10]).

4. Der § 1381 knüpft den Erwerb der Frau noch an eine andere Voraussetzung, die aber mehr negativ ausgedrückt ist. Der Erwerb tritt ein, so heißt es, «es sei denn, daß der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will». Die Frau braucht also nicht zu beweisen, daß der Mann für sie erwerben wollte. Wenn er mit Mitteln des eingebrachten Gutes eine bewegliche Sache oder gleichartige Rechte erwirbt, so fällt dieser Erwerb im Zweifel immer der Frau zu. Seine Handlung wird prima facie immer als eine Geschäftsbesorgung für die Frau angesehen. Um ein derart erworbenes Recht für sich zu vindizieren, muß der Mann beweisen, daß er nicht die Absicht hatte, für Rechnung des eingebrachten Gutes zu erwerben.

5. Es ist nun dadurch § 1381 nicht näher bestimmt, in welche Vermögensmasse der Frau die erworbenen Gegenstände fallen; ob sie in ihr eingebrachtes Gut oder in ihr Vorbehaltsgut fallen. Der § 1381 bestimmt nach seinem klaren Wortlaut lediglich, daß das Eigentum auf die Frau übergeht. Die Frage, in welchen Vermögenskomplex die Gegenstände fallen, entscheidet sich also ausschließlich nach den Grundsätzen, die die Abgrenzung von eingebrachtem Gut und Vorbehaltsgut regeln. Danach fällt ein solcher Gegenstand nur dann ins Vorbehaltsgut, wenn der Tatbestand eines der §§ 1366 bis 1370 vorliegt, insbesondere wenn ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmte Sachen erworben werden (§ 1366). Sonst fallen alle für die Frau erworbenen Gegenstände regelmäßig in ihr eingebrachtes Gut (wie es der Regel des § 1363 Abs. 2 entspricht) [11]).

---

[10]) So Thiele, a. a. O., S. 36.

[11]) Windmüller, a. a. O., S. 62, ebenso auch die allgemeine Ansicht.

III. 1. Der § 1382 bestimmt, daß Haushaltsgegenstände, die der Mann an Stelle der von der Frau eingebrachten, nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stücke anschafft, eingebrachtes Gut werden. Die Voraussetzung, die diese Vorschrift für den Übergang einer Sache auf die Frau aufstellt, ist wesentlich verschieden von derjenigen des § 1381. Es muß sich um Haushaltsgegenstände handeln. Die von der Frau (sei es bei Eingehung der Ehe, sei es durch Erwerb während der Ehe) [12]) eingebrachten Gegenstände müssen wertlos geworden oder überhaupt nicht mehr vorhanden sein. Die Gegenstände, die der Mann an Stelle dieser Stücke anschafft, werden auf Grund der Vorschrift des § 1382 eingebrachtes Gut. Seine Handlungen beziehen sich auf das Vermögen der Frau. Auch hier liegt, objektiv betrachtet, eine Verwaltungshandlung des Mannes vor, aber im Gegensatz zu § 1381 wird hier keine Rücksicht auf die Absicht des Mannes genommen. Die Wirkung von § 1382 tritt auch ein, wenn der Mann nicht für Rechnung der Frau handeln wollte. Die Frau erhält darum mehr als sie infolge der Verwaltungshandlung vom Mann beanspruchen könnte.

2. Als Grund dieser Vorschrift wurde in der Kommission folgendes geltend gemacht: «Die Frau könne darauf rechnen, ihr Hausinventar bei Auflösung der Ehe in ordnungsmäßigem Zustande zurückzuerhalten. Für den Mann sei es wenigstens eine Ehrensache, dieser Verpflichtung nachzukommen. Wenn der Gesetzgeber auch nicht so weit gehen könne, der Frau einen klagbaren Anspruch auf regelmäßige Ergänzung des Inventars zu gewähren, so könne er doch bestimmen, daß die in Ergänzung untergegangener oder wertlos gewordener Stücke des Haushaltsinventars angeschafften Gegenstände eingebrachtes Gut würden, und zwar, ohne daß der Mann Ersatz des für die Anschaffung Verwendeten verlangen könne. Dies

[12]) Protokolle, Bd. 6, S. 273.

entspreche der regelmäßigen Willensmeinung jedes gewissenhaften Mannes. Auch erhalte die Frau bei dieser Regelung ein kleines Äquivalent dafür, daß sie bei dem gesetzlichen Güterstande keinen Anteil an der Errungenschaft habe» [13]).

Andere [14]) haben den Grund dieser Bestimmung darin gesucht, daß das Hausinventar der Frau eine Sachgesamtheit ist und «daß die Einverleibung in das Inventar das allein ausschlaggebende Moment ist». Dieser Ansicht gegenüber ist hervorzuheben, daß zwar das Inventar einer Haushaltung eine Sachgesamtheit ist, daß aber die Haushaltsgegenstände, die der Frau gehören, für sich noch keine Sachgesamtheit bilden. Das Haushaltsinventar besteht auch aus Sachen, die dem Mann und dem Kinde gehören. Innerhalb der Sachgesamtheit, die das Haushaltsinventar als Ganzes zweifellos bildet, weil es in wirtschaftlicher Beziehung als Einheit auftritt, können die Haushaltsgegenstände, die Frauengut sind, nicht noch eine Sachgesamtheit für sich bilden; denn sie treten äußerlich nicht als eine Einheit in wirtschaftlicher Beziehung auf. In den anderen Fällen, worin auf Grund einer Vorschrift des B. G. B. ein Gegenstand durch Einverleibung in ein Inventar auf ein anderes Subjekt übergeht, handelt es sich immer um eine Sachgesamtheit, die nur einem Subjekt gehört [15]).

Gegen die bekämpfte Ansicht spricht auch der Umstand, daß das Gesetz nicht von Einverleibung, sondern von Anschaffung spricht. Beides ist aber nicht identisch. Ferner wird wohl der Ausdruck Anschaffung nicht so eng aufzufassen sein, daß nur ein Rechtserwerb darunter zu verstehen ist. Wenn z. B. der Mann einen Haushaltsgegenstand aus seinem Handelsvermögen in sein Privatver-

[13]) Protokolle, Bd. 4, S. 191.

[14]) Waller, «Surrogation», eine Studie aus dem modernen Privatrecht, Diss. Bonn 1904, S. 93 ff.; Beyer, a. a. O., S. 279.

[15]) Vergl. z. B. § 588, auf den Waller S. 98 hinweist.

mögen übernimmt, wird man diese Übernahme wohl auch als Anschaffung bezeichnen können.

Der angeführte Grund, daß das Hausinventar der Frau eine Sachgesamtheit ist, scheint mir also nicht zutreffend zu sein. Vielmehr ist der Grund der Bestimmung derselbe wie bei § 1381. Wenn der Mann einen Haushaltsgegenstand als Ersatz für einen nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen anschafft, so wird er sich regelmäßig nicht bewußt werden, daß es eines Übertragungsaktes bedarf, um das Eigentum auf die Frau zu übertragen, und darum das Rechtsgeschäft unterlassen. Allerdings ist ihm für den Fall des § 1382 im Gegensatz zu § 1381 der Beweis abgeschnitten, daß er nicht für Rechnung der Frau erwerben wollte. Die Absicht kommt hier nicht in Betracht. Einige Autoren[16]) wollen zwar auch hier die Geschäftsführungsabsicht des Mannes für erheblich erachten. Das dürfte aber wohl dem ausgesprochenen Zweck der Bestimmung, der Frau ein kleines Äquivalent dafür zu geben, daß sie beim gesetzlichen Güterstande keinen Anteil an der Errungenschaft habe, widersprechen. Denn dann würde der Mann und nicht das Gesetz bestimmen, ob die Frau dieses Äquivalent erhalten soll. Im Gegensatze zu § 1381 ist hier ausdrücklich bestimmt, daß die erworbenen Gegenstände eingebrachtes Gut werden.

3. Was die Voraussetzungen für den Rechtserwerb der Frau betrifft, so hat die Bestimmung des § 1382 mit derjenigen des § 1381 nur das gemeinsam, daß beide eine Verwaltungshandlung des Mannes voraussetzen. Im übrigen aber sind sie von einem ganz verschiedenartigen Gesichtspunkte aus geregelt, sodaß Fälle vorkommen können, in denen die Voraussetzungen beider Vorschriften gegeben sind. In solchen Fällen wird sich § 1382 immer als die einschneidendere Vorschrift erweisen; denn sie

[16]) Opet-Blume, Familienrecht, Bem. 6 zu § 1382; Planck 1./2. Aufl., Bem. 3 b; Schmidt-Habicht, Familienrecht, Bem. 3 c; ebenso auch Thiele, a. a. O., S. 63.

wird auch dann Anwendung finden können, wenn der Mann nicht die Absicht gehabt hatte, für Rechnung des eingebrachten Gutes zu erwerben.

B. I. Nach dem B. G. B. ist das Kind stets Eigner seines Vermögens: es ist selbst Träger von Vermögensrechten und kann solche erwerben. Damit hat das B. G. B. mit dem altrömischen Grundsatz der prinzipiellen Vermögensunfähigkeit des Hauskindes gebrochen. Aber so lange es noch minderjährig und damit geschäftsunfähig bezw. in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, ist ihm die Verwaltung seines Vermögens entzogen und steht kraft Gesetzes dem Inhaber der elterlichen Gewalt. In der Regel steht dieses Verwaltungsrecht dem Vater zu (§ 1627). Mit der Verwaltung steht ihm gewöhnlich auch die Nutznießung am Vermögen zu (§ 1649). Es können jedoch Rechte von der Nutznießung (§ 1650) bezw. von der Verwaltung des Vaters (§ 1638) ausgeschlossen sein. Dadurch bildet sich Sondervermögen innerhalb des allgemeinen Vermögens des Kindes, auf die wir weiter unten zu sprechen kommen werden.

Die Gegenstände, die der Verwaltung und Nutznießung des Vaters unterworfen sind, bilden das Hauptvermögen des Kindes, weil prinzipiell für alle Rechte des Kindes diese väterlichen Rechte gelten. Demgemäß fällt alles, was das Kind, sei es von Todeswegen, sei es unter Lebenden, sei es kraft Gesetzes, sei es durch Rechtsgeschäft erwirbt, in das Vermögen, welches vom Vater verwaltet wird. Es bedarf also keines besonderen Rechtssatzes, um die natürliche, wirtschaftliche Entwicklung dieses Vermögens zu sichern. Es entwickelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Der Erwerb durch Rechtsgeschäft insbesondere kann auch durch das minderjährige Kind über 7 Jahre erfolgen (§ 107).

Das Kind kann aber auch durch seinen Vater einen Gegenstand erwerben. Das geschieht entweder in der Weise, daß der Vater als Stellvertreter des Kindes das

Rechtsgeschäft abschließt. Dazu ist er kraft Gesetzes berechtigt (§ 1630). Ein Gegenstand, den er im Namen des Kindes erwirbt, fällt unmittelbar in dessen Vermögen (§ 164). Der Vater kann aber auch in eigenem Namen für das Kind ein Recht erwerben. Dazu ist er auch berechtigt; denn eine Verpflichtung des Gewalthabers, überall da, wo er materiell Geschäfte des Kindes besorgt, diese auch formell in dessen Namen zu schließen, hat das Gesetz nicht aufgenommen. Um ein derart erworbenes Recht ins Vermögen des Kindes zu bringen, bedarf es noch einer Übertragung durch Rechtsgeschäft. Dieses kann der Vater mit sich als Vertreter des Kindes vornehmen, wenn er zur Übertragung des Rechts verpflichtet ist (§ 181). Eine solche Verpflichtung wird sich für ihn, wie für den Mann beim gesetzlichen Güterrecht, regelmäßig aus der Geschäftsbesorgung ergeben. Er kann es auch mit dem Kind selbst vornehmen, wenn das Kind über 7 Jahre alt ist; denn durch die Übertragung erhält es lediglich einen rechtlichen Vorteil.

II. Der Erwerb des Kindes und damit der Zuwachs seines Vermögens könnte also auch ohne besondere Rechtssätze erfolgen. Der Vater wird sich aber, ebenso wie der Mann beim gesetzlichen Güterrecht regelmäßig gar nicht bewußt sein, daß es zur Übertragung des Rechtes noch eines Rechtsgeschäfts bedarf. Dieses wird darum meist unterbleiben [18]). Das wäre nun nicht gefährlich, wenn nicht der Vater kraft seines Verwaltungsrechtes auch das Recht hätte, über Vermögensgegenstände des Kindes wirksam zu verfügen, und dadurch das Vermögen des Kindes zu vermindern. Dabei ist zu beachten, daß der Vater in seiner Verfügungsbefugnis über das Kindesvermögen insofern freier gestellt ist wie der Ehemann gegenüber dem eingebrachten Gut, als er nicht der Einwilligung des Vermögenssubjekts bedarf. Nur zu einzelnen im § 1643

[17]) Motive, Bd. 4, S. 1087.

[18]) Vergl. Protokolle, Bd. 4, S. 571.

näher bezeichneten Verfügungen bedarf er einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Darum ist eine Vorschrift entsprechend dem § 1381 bezüglich des Kindesvermögens ebenso, wenn nicht noch mehr, gerechtfertigt als bezüglich des eingebrachten Gutes der Frau. Diese Vorschrift findet sich in § 1646.

Der Wortlaut dieses Paragraphen entspricht vollkommen dem des § 1381. Die Voraussetzungen, die § 1646 aufstellt, sind genau die gleichen wie in § 1381. Die Vorschrift findet nur Anwendung, wenn es sich um bewegliche Sachen oder leicht übertragbare Rechte handelt, und präsumiert, daß der Mann für Rechnung des Kindes handeln wollte. Daraus ist zu entnehmen, daß auch § 1646 nur zur Verwirklichung von Ansprüchen dienen soll, die dem Kinde aus der Verwaltung des Vaters erwachsen, und daß er einen Übertragungsakt des Vaters ersetzen soll. Es soll dadurch ein Recht, das der Vater mittels des Vermögens des Kindes erworben hat, kraft Gesetzes in das Kindesvermögen fallen.

§ 4.

III. Die Bedeutung der Surrogationsvorschriften bei den sogenannten Sondervermögen (§§ 1370, 1524 und 1638).

Eine weitere Gruppe von Vermögensmassen, bei denen der Grundsatz der dinglichen Surrogation zur Anwendung kommen soll, sind die sogenannten Sondervermögen. Als solche sind in der bisherigen Untersuchung schon erwähnt worden: das Vorbehaltsgut der Frau beim gesetzlichen Güterrecht und das Vermögen des Kindes, das der Nutznießung bezw. der Verwaltung des Vaters entzogen ist.

A. Für das Vorbehaltsgut der Frau im gesetzlichen Güterrecht sind, wie wir oben schon hervorgehoben haben (S. 10), in den §§ 1366—1370 die einschlägigen Vorschriften gegeben. Danach gehören zum Vorbehaltsgut kraft Gesetzes dasjenige, was die Frau durch ihre Arbeit und durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt, und die Sachen, die ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauche bestimmt sind; infolge willkürlicher Bestimmung, was durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärt ist und was ihr von einem Dritten zugewendet wird mit der Bestimmung, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll. Alle diese Rechte der Frau bilden in ihrer Gesamtheit ein Sondervermögen, ihr Vorbehaltsgut. Zum Vorbehaltsgute gehören nun noch gemäß § 1370 die sogenannten Surrogate: «was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgute gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Vorbehaltsgute gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht.»

Diese Vorschrift ist notwendig, um dem Vorbehaltsgute eine selbständige wirtschaftliche Entwicklung neben dem eingebrachten Gut zu sichern und um eine ordnungsmäßige Verwaltung zu ermöglichen. Denn nach den allgemeinen Grundsätzen würde der Ertrag des Vorbehaltsguts, z. B. Früchte, ebenso auch der Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung und Entziehung eines Rechts wie jeder Erwerb der Frau ins eingebrachte Gut fallen; es müßte denn sein, daß der erworbene Gegenstand eine ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmte Sache ist. Ebenso würde auch alles, was sie mit Rücksicht auf ihr Vorbehaltsgut anschaffen würde (z. B. Inventarstücke für ein vorbehaltenes Grundstück), ins eingebrachte Gut fallen.

B. 1. Auch innerhalb des Vermögens des Kindes gibt es Sondervermögen, einen Kreis von bestimmt umgrenzten

Rechten, die entweder der Nutznießung oder der Verwaltung des Vaters entzogen sind. Die Nutznießung des Vaters ist nicht so eng mit seiner Verwaltungsbefugnis verknüpft wie die Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gut mit dessen Verwaltungsbefugnis. Es gibt daher einerseits Rechte des Kindes, deren Nutzungen dem Vater gebühren, die er aber nicht verwaltet, andererseits Rechte, die seiner Verwaltung unterworfen sind, von denen er aber die Nutzungen nicht ziehen darf. Der Kreis der Rechte, die der Nutznießung des Vaters unterworfen sind, deckt sich also nicht ganz mit dem Kreis der Rechte, die er verwaltet. Es gibt demnach zwei Sondervermögen des Kindes: eines, das der Nutznießung, ein anderes, das der Verwaltung des Vaters entzogen ist. Für beide ist eine Vorschrift gegeben entsprechend dem § 1370 beim Vorbehaltsgut der Frau: §§ 1638 Abs. 2, 1651 Abs. 2. Diese Vorschriften haben auch dieselbe Bedeutung wie beim Vorbehaltsgut: sie sollen die selbständige wirtschaftliche Entwicklung der Sondervermögen sichern und eine ordnungsmäßige Verwaltung ermöglichen.

2. Es sind jedoch hier einige beachtenswerte Momente hervorzuheben. Zunächst gilt diese sogenannte Surrogationsvorschrift beim freien Vermögen des Kindes nur für die in § 1651 aufgezählten Rechte, nicht aber für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche bestimmten Sachen des Kindes (§ 1650). Ferner ist zu beachten, daß auf das Vermögen, welches sowohl von der Nutznießung als auch von der Verwaltung des Vaters ausgeschlossen ist, der Surrogationsgrundsatz schon auf Grund des § 1638 Abs. 2 Platz greift, sodaß die Bestimmung des § 1651 Abs. 2 für sie überflüssig ist. Besonders ist hervorzuheben, daß auf die Rechte, deren Verwaltung dem Vater obliegt, nicht nur die Vorschrift des § 1638 Abs. 2, sondern auch die des § 1646 Anwendung findet. Die Anwendung der beiden Grundsätze ist nicht nur möglich, sondern auch notwendig; denn sie sind nach Grund und

Zweck verschieden. In § 1646 handelt es sich um einen Erwerb des Vaters, in § 1638 um einen Erwerb des Kindes. Der § 1646 regelt die Beziehung zwischen dem Vermögen des Vaters und dem des Kindes, der § 1638 die Beziehung zwischen dem Sondervermögen und dem Hauptvermögen des Kindes. Der § 1646 soll eine Vermehrung des Vermögens des Vaters auf Kosten des Vermögens des Kindes verhindern, während der § 1638 die Erhaltung der Substanz des Sondervermögens gegenüber dem Hauptvermögen des Kindes gewährleisten soll.

3. Einige Schriftsteller[1]) wollen die Vorschrift des § 1638 auch auf die Rechte, welche in § 1639 erwähnt sind, anwenden. Sie berufen sich für ihre Ansicht auf eine Bemerkung in den Motiven (Bd. 4, S. 1105). Feist[2]) scheint mir aber mit Recht darauf hingewiesen zu haben, daß diese Berufung nicht stichhaltig ist. Es müssen vielmehr innere Gründe für die Anwendbarkeit des § 1638 Abs. 2 auf § 1639 gefunden werden. Sie können aber nicht darin erblickt werden, daß «§ 1639 im Grunde genommen nichts ist, als eine aus den §§ 1638 Abs. 1 und 1651 Abs. 1, Z. 2, sich ergebende Konsequenz»[3]). Denn wenn auch die Bestimmung des § 1639 eine Konsequenz aus den §§ 1638 und 1651 ist, so ist sie doch nicht ihnen gleichzustellen. Durch § 1639 wird nicht, wie durch § 1638 oder durch § 1651, ein bestimmter Kreis von Rechten aus dem allgemeinen Vermögen des Kindes ausgeschieden, es wird kein Sondervermögen gebildet. Der Erblasser oder der Schenker können nach § 1639 Anordnungen treffen, die der Vater bei der Verwaltung des zugewendeten Vermögens zu befolgen hat. Dieses Vermögen untersteht also immerhin der Verwaltung des Vaters, es gehört demnach nicht zum Sondervermögen im Sinne des § 1638. Infolge

[1]) Staudinger, 5.—6. Aufl., Bem 1 c zu § 1639; Planck, Bem. 1; ebenso Opet-Blume zu § 1639 und Beyer a. a. O., S. 325 Anm. 1.

[2]) Feist a. a. O., S. 78 ff.

[3]) Beyer a. a. O., S. 325 Anm. 1.

der Anordnungen der Dritten gilt also kein besonderes Recht für diese Gegenstände, sondern die allgemeinen Vorschriften der §§ 1640 ff. finden Anwendung.

Die zuwendenden Dritten können allerdings bei ihrer Zuwendung die Nutznießung des Vaters ausschließen. Dann gehören die zugewendeten Rechte zum Sondervermögen im Sinne des § 1651, weil die Vorschriften der §§ 1649, 1652 ff. keine Anwendung finden. In diesem Falle findet also die Vorschrift des § 1638 Abs. 2 wohl Anwendung, aber auf Grund der Verweisung in § 1651 Abs. 2. Die Vorschrift des § 1638 Abs. 2 auch sonst für diese Rechte gelten zu lassen, scheitert meines Erachtens daran, daß sie kein Sondervermögen bilden. Es würde wohl auch oft praktisch undurchführbar sein. Welchen Zweck und welche Wirkung soll die Anwendung des § 1638 Abs. 2 haben, wenn z. B. der Ersatz für einen zerstörten Gegenstand in Geld besteht und der Dritte keine Anordnungen betreffs der Verwaltung von Geld gegeben hat?

C. I. 1. Im vertraglichen ehelichen Güterrecht, bei den drei Gütergemeinschaften, kommen auch Vermögensmassen vor, die ein Sonderdasein führen und darum als Sondervermögen bezeichnet werden. Bei ihrer Betrachtung gehen wir aus von der Errungenschaftsgemeinschaft, die dem gesetzlichen Güterrecht am nächsten steht. Denn auch hier bleibt das Vermögen, welches die Ehegatten beim Eintritt der Gemeinschaft besitzen, ihr Vermögen, und auch hier verwaltet der Mann neben seinem eigenen Vermögen auch das Vermögen der Frau, und zwar nach den Grundsätzen des gesetzlichen Güterrechts. Das Stammvermögen der beiden Ehegatten wird als eingebrachtes Gut bezeichnet. Wie beim gesetzlichen Güterrecht besitzt auch hier die Frau neben ihrem eingebrachten Gut ein Vorbehaltsgut, das der Verwaltung des Mannes entzogen ist.

Neben diesen drei Vermögensmassen, welche auch beim gesetzlichen Güterrecht vorkommen, besteht nun in

der Errungenschaftsgemeinschaft noch eine Vermögensmasse: das Gesamtgut. Dieses begründet den Unterschied zwischen den beiden Güterständen, und dieser Unterschied ist sehr erheblich. Das Bestehen des Gesamtgutes modifiziert sehr wesentlich die Entwicklung der drei anderen Vermögensmassen.

2. Das Gesamtgut ist Gesamtvermögen der beiden Ehegatten, d. h. es gehört keinem von beiden, sondern beiden zusammen [4]). Daher ist ein Recht des Gesamtguts nicht zugleich ein Recht des einzelnen Ehegatten; an einer Sache, die zum Gesamtgut gehört, hat ein Ehegatte «kein Eigentum, auch keinen Teil des Eigentums, er ist an ihr nur insofern berechtigt, als er zusammen mit dem anderen Ehegatten Subjekt des Gesamtguts ist. Das zeigt sich besonders deutlich bei Forderungen, die zum Gesamtvermögen gehören: Gläubiger ist keiner von den Ehegatten, sondern beide zusammen nehmen die Stellung des Gläubigers ein» [5]).

Zum Gesamtgut gehören prinzipiell alle Gegenstände, welche der Mann oder die Frau während der Errungenschaftsgemeinschaft erwirbt (§ 1519 Abs. 1). Was einer von ihnen erwirbt, erwirbt er nicht für sich, sondern für das Gesamtgut, d. h. für beide zusammen. Der Erwerb wird kraft Gesetzes gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten. Mit dem Erwerb eines Rechts werden beide Ehegatten zusammen unmittelbar Subjekt des Rechts, «ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedürfte» (§ 1438 Abs. 2). Die Wirksamkeit des Erwerbs für das Gesamtgut tritt ohne Rücksicht darauf ein, ob der erwerbende Ehegatte für das Gesamtgut handeln will, oder das Rechtsgeschäft in eigenem Namen vornimmt, wie wenn die Gütergemeinschaft nicht bestände» [6]).

[4]) Vergl. v. Tuhr a. a. O., S. 348, 352.

[5]) v. Tuhr a. a. O., S. 352.

[6]) Staudinger, Bem. 3 zu § 1438; ebenso Planck, Bem. 5, und Opet, Bem. 2 zu § 1438.

Dieses Schicksal erleidet jedes Recht, das einer der Ehegatten während der Errungenschaftsgemeinschaft erwirbt, sofern nicht eine der Vorschriften der §§ 1521, 1524, 1526 entgegensteht. Darum hat man auch gesagt, Hauptvermögen oder allgemeines Vermögen jeder der Ehegatten ist das Gesamtgut [7]). Das ist aber in dieser Fassung nicht richtig. Hauptvermögen besitzt jeder der Ehegatten überhaupt nicht, sondern sie haben beide zusammen ein gemeinschaftliches Hauptvermögen, in das der Erwerb eines jeden von ihnen fällt. Infolgedessen ist auch dieses Vermögen ohne besondere Rechtssätze einer selbständigen Entwicklung fähig. Es bedarf insbesondere keiner Vorschrift, um zu bewirken, daß eine Surrogation stattfinde. Denn aller Erwerb fällt prinzipiell ins Gesamtgut.

3. Neben dem Gesamtgut gibt es ein eingebrachtes Gut eines jeden Ehegatten und das Vorbehaltsgut der Frau. Das eingebrachte Gut ist im Verhältnis zum Gesamtgut nicht Sondervermögen. Denn «während die juristische Eigentümlichkeit des Sonderguts darin besteht, daß es trotz der Identität des Subjekts dem Hauptvermögen selbständig gegenübersteht», ergibt sich die Selbständigkeit des eingebrachten Gutes gegenüber dem Gesamtgut ohne weiteres aus der Verschiedenheit der Subjekte: das eingebrachte Gut hat nur ein Subjekt, während das Gesamtgut keinem von beiden Ehegatten gehört, sondern beiden zusammen. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß das Gesamtgut unbegrenzt ist, während der Bestand des eingebrachten Gutes durch die Vorschriften der §§ 1520 ff. umgrenzt, ferner darin, daß das Gesamtgut einer selbständigen Entwicklung fähig ist, während das eingebrachte Gut besonderer Rechtssätze bedarf. Um dem eingebrachten Gut eine selbständige, wirtschaftliche Entwicklung neben dem Gesamtgut zu sichern und um eine ordnungsmäßige Verwaltung desselben zu ermög-

[7]) Siehe z. B. Beyer a. a. O., S. 309.

lichen, ist in § 1524 eine Vorschrift gegeben, die der Vorschrift des § 1370 beim Vorbehaltsgut der Frau vollkommen entspricht.

Das eingebrachte Gut der Frau bei der Errungenschaftsgemeinschaft teilt dasselbe Schicksal wie ihr eingebrachtes Gut beim gesetzlichen Güterrecht; es wird kraft Gesetzes vom Manne verwaltet (§ 1525 Abs. 2). Es besteht aber doch ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden, insofern das eingebrachte Gut beim gesetzlichen Güterstande das normale Vermögen der Frau bildet, während hier das Gesamtvermögen das normale Vermögen der Ehegatten ist. Das Vorbehaltsgut dagegen nimmt gegenüber dem eingebrachten Gut der Frau dieselbe Stellung ein wie im gesetzlichen Güterrecht: es ist ein Sondervermögen. Trotz der Identität des Subjekts bildet es eine selbständige Vermögensmasse, weil es nicht denselben Rechtssätzen unterworfen ist wie das eingebrachte Gut.

4. Während auf das eingebrachte Gut die Vorschriften des gesetzlichen Güterrechts Anwendung finden, finden auf das Vorbehaltsgut «die bei der Gütertrennung für das Vermögen der Frau geltenden Vorschriften» Anwendung (§§ 1526 Abs. 3, 1441). Es ist ein Kreis von Rechten, für welche besonderes Recht gilt. Dieser Kreis ist beschränkter als beim gesetzlichen Güterrecht. Zum Vorbehaltsgut gehört nur, was durch Ehevertrag für solches erklärt ist, und was ein Dritter der Frau mit einer diesbezüglichen Bestimmung zuwendet (§§ 1526, 1366). Auch findet die Vorschrift des § 1370 für das Vorbehaltsgut Anwendung. Sie soll die Selbständigkeit des Vorbehaltsguts nicht nur gegenüber dem eingebrachten Gut, sondern auch gegenüber dem Gesamtgut sichern.

II. 1. Wir haben also erkannt, daß die Eigentümlichkeit des eingebrachten Gutes gegenüber dem Gesamtgut nicht darin besteht, daß es Sondervermögen, sondern darin,

daß es Einzelvermögen ist. Ferner haben wir gesehen, daß die Ehegatten prinzipiell nur gemeinschaftliches Vermögen haben und daß es besonderer Vorschriften bedarf, um persönliches Vermögen zu schaffen und um die Selbständigkeit dieses Vermögens gegenüber dem gemeinschaftlichen Vermögen zu sichern. Der Grundsatz des § 1524 soll bewirken, daß ein Recht, dessen Erwerb irgendwie mit dem eingebrachten Gut in Zusammenhang steht, nicht Gesamtgut, sondern wieder eingebrachtes Gut werde. Diese Surrogationsvorschrift greift aber nicht für alle Surrogate durch. Von der Surrogation sind ausgenommen: der Erwerb aus dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, ferner der Erwerb, der als Nutzung zu betrachten ist (§ 1524 Satz 2, § 1525). Dieser Erwerb fällt ins Gesamtgut nach § 1519.

2. Die Vorschrift des § 1524 findet auch Anwendung auf die unübertragbaren Rechte, die nach § 1522 zum eingebrachten Gut gehören. Das war im ersten Entwurf nicht der Fall. Der jetzige § 1522 stand als § 1415 hinter dem jetzigen § 1524, dem § 1414 Entwurf I, sodaß auf die unübertragbaren Rechte der Surrogationsgrundsatz nicht Anwendung finden konnte. In der zweiten Kommission wurde beantragt, dies durch den Zusatz: «solange die Unübertragbarkeit dauert» auch zum Ausdruck zu bringen. Dieser Antrag ist von der Mehrheit als überflüssig abgelehnt worden. Von der Redaktionskommission ist dann die Umstellung der Paragraphen vorgenommen worden, sodaß nunmehr der Surrogationsgrundsatz des § 1524 doch auf die unübertragbaren Rechte des § 1522 Anwendung findet[8]).

Dieses Vorgehen der Redaktionskommission ist durch nichts begründet. Die unübertragbaren Rechte sind wie in allen Gütergemeinschaften nur wegen ihrer Unüber-

[8]) Siehe Protokolle, Bd. 4, S. 350; vergl. auch Beyer a. a. O., S. 312.

tragbarkeit vom Gesamtgute ausgeschlossen. Sobald dieser Grund wegfällt, ist der Ausschluß aus dem Gesamtgut durch nichts gerechtfertigt. Demgemäß ist auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft die Anwendung des § 1524 auf die unübertragbaren Rechte ausdrücklich ausgeschlossen (§§ 1439, 1554). Bei der jetzigen Stellung der §§ 1520 ff. wäre ein entsprechender, einschränkender Zusatz zu § 1522 oder § 1524 notwendig gewesen, wenn die Ansicht der zweiten Kommission zum Ausdruck kommen sollte. Da dies aber nicht geschehen ist, so ist der Wortlaut des Gesetzes maßgebend: es tritt also auch bei unübertragbaren Rechten eine Surrogation ein, aber nur in der Errungenschaftsgemeinschaft.

3. Auf das eingebrachte Gut der Frau finden gemäß § 1525 II die Vorschriften, die für ihr eingebrachtes Gut beim gesetzlichen Güterrecht gelten, entsprechende Anwendung. Insbesondere sind auch die §§ 1381, 1382 «entsprechend» anwendbar. Es ist nun hier zu untersuchen, inwiefern die entsprechende Anwendung stattfindet. Nach § 1381 geht ein Recht an beweglichen Sachen und ein diesem gleichartiges Recht, das der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes erwirbt, unmittelbar mit dem Erwerb auf die Frau über. Es wurde schon oben (S. 19) hervorgehoben, daß die Bestimmung nur ganz allgemein lautet «es geht auf die Frau über», und daß es sich demgemäß nach anderen Vorschriften richtet, in welche Vermögensmasse dieses Recht fällt, daß es im allgemeinen wohl dem eingebrachten Gut zuwächst, weil dieses das Hauptvermögen der Frau bildet, daß aber eine besondere Vorschrift einen Erwerb für das Vorbehaltsgut bewirken kann.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft fällt nun ein Erwerb der Frau prinzipiell nicht ins eingebrachte Gut, sondern in das Gesamtgut (gemäß § 1519). Ein Erwerb der Frau auf Grund des § 1381 fällt darum ins einge-

brachte Gut nur, wenn eine der Vorschriften der §§ 1521 ff. zur Anwendung kommen kann. Hierbei kann aber nur § 1524 in Betracht kommen. Der Erwerb fällt also ins eingebrachte Gut nur, wenn die Frau auf Grund eines zu ihrem eingebrachten Gut gehörenden Rechts den Erwerb macht. Es fragt sich mithin, ob der § 1381 für die Frau ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht begründet. Das Recht, mittels dessen der Mann den Erwerb macht, ist zwar ein solches Recht; die Frau macht jedoch den Erwerb nicht «auf Grund dieses Rechts», sondern auf Grund der gesetzlichen Vorschrift des § 1381. Durch § 1381 wird kein Recht der Frau begründet, sondern nur ein Rechtserwerb herbeiführt.

Nun könnte aber der Erwerb auf Grund des § 1381 als Erwerb eines Ersatzes für die Entziehung eines zum eingebrachten Gut gehörenden Gegenstandes erscheinen. Daß er das nicht immer sein kann, ergibt sich schon aus der verschiedenen Fassung der beiden Surrogationsgrundsätze. Eine Verfügung des Mannes über eingebrachtes Gut kann nicht immer als Entziehung erscheinen. Als Entziehung wird man eine Verfügung, die der Mann mit Einwilligung der Frau trifft, nicht ansehen können; ebenso auch nicht eine Verfügung, zu der er der Einwilligung der Frau nicht bedarf. Man wird aber wohl eine Verfügung, die aus anderen Gründen (z. B. wegen guten Glaubens des Erwerbers) der Frau gegenüber wirksam ist, als Entziehung eines Rechts ansehen können. In diesem Falle wird der Erwerb, den die Frau auf Grund des § 1381 macht, gemäß der Vorschrift des § 1524 wieder in ihr eingebrachtes Gut fallen. Als einen Erwerb durch «Rechtsgeschäft, das sich auf das eingebrachte Gut bezieht», wird man einen Erwerb auf Grund des § 1381 nicht auffassen können. Es liegt zwar ein Erwerb durch Rechtsgeschäft vor, aber die Frau erwirbt das Recht nicht durch das Rechtsgeschäft, sondern durch die Vorschrift des § 1381.

Im allgemeinen fällt also ein Erwerb der Frau auf Grund der Vorschrift des § 1381 ins Gesamtgut. Dieser Erfolg würde aber auch eintreten, wenn § 1381 keine Anwendung finden würde. Der Erwerb des Mannes würde nach § 1519 unmittelbar ins Gesamtgut fallen. Es könnte demnach überhaupt zweifelhaft erscheinen, ob die Anwendung des § 1381 bei der Errungenschaftsgemeinschaft gerechtfertigt ist, da er der Frau den gewollten Schutz nicht bietet. Dieser Schutz ist aber doch insofern gerechtfertigt, als das Gesamtgut für alle Schulden des Mannes haftet (§ 1530). Der § 1381 muß zur Anwendung kommen, damit eine Surrogation nach § 1524 stattfinden kann, wenn die Verfügung des Mannes als eine Entziehung eines Rechts zu bezeichnen ist. Die beiden Surrogationsgrundsätze ergänzen sich gegenseitig. Eine Surrogation nach § 1381 findet nur statt, wenn auch § 1524 zur Anwendung kommen kann. Es ist selbstverständlich, daß wenn der Mann ein Recht im Namen der Frau erwirbt, eine Surrogation auf Grund des § 1524 unmittelbar stattfindet.

Der Erwerb der Surrogate für Haushaltsgegenstände fällt nach ausdrücklicher Bestimmung des § 1381 ins eingebrachte Gut, sodaß eine Heranziehung des § 1524 sich erübrigt.

III. Dieselben Grundsätze wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft gelten auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft. Auch hier ist das normale Vermögen der Ehegatten das Gesamtgut, in das prinzipiell jeder Erwerb hineinfließt (§ 1439). Daneben besitzen sie auch Eigenvermögen. Diese Güter nehmen dieselbe Stellung ein gegenüber dem Gesamtgut wie das eingebrachte Gut bei der Errungenschaftsgemeinschaft. Es gelten darum für sie dieselben Surrogationsgrundsätze wie dort, sodaß es sich erübrigt, nochmals darauf einzugehen.

Nur ein Unterschied ist hervorzuheben, der schon berührt worden ist. Der Surrogationsgrundsatz des

§ 1524 ist für die unübertragbaren Rechte ausdrücklich für unanwendbar erklärt (§§ 1439, 1554). Da nun bei der allgemeinen Gütergemeinschaft das Sondergut eines jeden Ehegatten nur aus solchen Rechten besteht, so kommt die Vorschrift des § 1524 für dieses Gut überhaupt nicht zur Anwendung. Was also auf Grund eines unübertragbaren Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines solchen Rechts oder was durch Rechtsgeschäft, das sich auf dieses Gut bezieht, erworben wird, das fällt nur dann wieder ins Sondergut, wenn es selbst ein unübertragbares Recht ist.

Da die Surrogationsvorschrift des § 1524 auf das Sondergut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft keine Anwendung findet, so ist gefolgert worden, daß auch eine Surrogation nach der Vorschrift der §§ 1381, 1382 nicht stattfindet[9]). Dieser Grund ist aber nicht hinreichend, da die Surrogationsvorschrift des § 1381 nach Grund und Zweck verschieden ist von der des § 1524. Ihre Anwendung ist aber aus anderen Gründen ausgeschlossen. Zunächst kann § 1382 nicht in Frage kommen, da es keine Haushaltsgegenstände gibt, die unübertragbar sind[10]). Der § 1381 wäre an sich schon anwendbar. Aber einmal wird der Mann schwerlich mittels eines unübertragbaren Rechts der Frau ein Recht in eigenem Namen erwerben können, da er hierbei dem Dritten gegenüber wohl nur als Vertreter der Frau wird auftreten können. Und dann, wenn auch dies möglich wäre, so würde ein Erwerb der Frau auf Grund von § 1381 ins Gesamtgut fallen (gemäß § 1488). Ins eingebrachte Gut könnte er nur fallen, wenn der erworbene Gegenstand selbst unübertragbar wäre. Das ist aber bei der Natur der in § 1381 erwähnten Rechte ausgeschlossen: der § 1381 hat es nur mit leicht übertragbaren Rechten zu tun. Nun würde aber ein Erwerb des

[9]) Planck, Anm. 2 a; Schmidt, Bem. 3 a zu § 1439; Beyer a. a. O., S. 300.

[10]) Beyer a. a. O., S. 301.

Mannes auch ohne den Umweg über § 1381 ins Gesamtgut fallen, sodaß eine Heranziehung des § 1381 überflüssig ist. Somit kommen wir zu dem Resultat, daß die Vorschriften der §§ 1381, 1382 wegen der Natur der in Betracht kommenden Gegenstände keine Anwendung finden können [11]).

§ 5.

IV. Die Bedeutung der Surrogationsvorschriften beim Nachlaß (§§ 2019, 2111).

A. Mit dem Tode eines Menschen geht «sein Vermögen als Ganzes» auf die Erben über (§ 1922). Das Vermögen des Erblassers ist nun insofern ein Ganzes, eine Einheit, als es nicht unmittelbar mit dessen Tode in einzelne Teile zerfällt. Es ist auch insofern ein Ganzes, eine Gesamtheit, als nicht einzeln aufgezählt werden kann, welche rechtlichen Beziehungen Gegenstand der Erbfolge sein können. Grundsätzlich sind alle rechtlichen Beziehungen vererblich. Aber es ist hervorzuheben, daß nicht das Vermögen des Erblassers als solches übergeht — das Vermögen ist ein Begriff, ein Rechtsbegriff, aber kein Rechtsobjekt, das übergehen könnte —, sondern nur der Bestand des Vermögens des Erblassers im Zeitpunkte seines Todes. Und der Bestand ist nicht eine Gesamtheit, deren Inhalt nicht erschöpft werden kann, sondern eine Summe von rechtlichen Beziehungen. Was im einzelnen Falle auf den Erben übergeht, das ist genau bestimmbar und eng begrenzt: es sind die einzelnen vermögensrechtlichen Beziehungen, in denen der Erblasser bei seinem Tode stand, und die der Vererbung fähig sind. In diese Beziehungen, und zwar in sämtliche, tritt der Erbe mit dem Todesfall ein. Sie werden mit diesem Augenblicke Bestandteile seines Vermögens.

[11]) Planck, Bem. 2 a zu § 1439.

Aus mancherlei Gründen kann zwar der Nachlaß vom übrigen Vermögen des Erben eine Zeitlang abgesondert bleiben aber einer selbständigen wirtschaftlichen Entwicklung ist er nach dem Tode des Erblassers an und für sich nicht fähig. Es sind besondere Rechtssätze notwendig, um ihm diese Entwicklungsfähigkeit zu verleihen. Das ist auch in verschiedenen Fällen geschehen: beim Erbschaftsanspruch, bei der Erbengemeinschaft und bei der Nacherbfolge. Wir werden uns mit der Erbengemeinschaft in anderem Zusammenhange zu beschäftigen haben und betrachten hier nur die sogenannten Surrogationsvorschriften beim Erbschaftsanspruch und bei der Nacherbfolge.

B. I. Der Erbe wird zwar mit dem Erbfall Subjekt des Vermögens des Erblassers. Damit erlangt er aber noch nicht die Vorteile, die sich aus seinem Erbrecht ergeben. Diese erlangt er nur durch die tatsächliche Betätigung des Willens, Erbe zu sein. Der § 857 läßt zwar auch den Besitz auf den Erben übergehen; aber nicht der Besitz als Tatsache, als «tatsächliche Gewalt», sondern der Besitz als «Rechtsverhältnis» mit der Gesamtheit seiner Rechtsfolgen geht auf ihn über[1]). In der Erlangung der tatsächlichen Gewalt kann ihm aber ein anderer zuvorgekommen sein, indem er sich in den Besitz der Nachlaßsachen setzte und andere Vorteile aus der Erbschaft für sich in Anspruch nahm. Diese Vorteile kann ihm der Erbe streitig machen, indem er die Rechte, die er vom Erblasser geerbt hat, geltend macht. Es kann aber auch einer in der Meinung, Erbe zu sein, sich den Genuß der Vorteile eines Erben verschafft haben, auf Grund eines vermeintlichen Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt haben. Gegen diesen gibt das Gesetz im § 2018 dem Erben einen besonderen Anspruch: den Erbschaftsanspruch.

[1]) Vergl. v. Tuhr a. a. O., S. 126.

Der Erbschaftsanspruch steht dem wahren Erben zu und richtet sich gegen den sogenannten Erbschaftsbesitzer. In dessen Hände kann «auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts» die ganze Erbschaft gekommen sein. Das ist aber nicht notwendig, sondern es genügt, daß er «etwas aus der Erbschaft» erlangt hat, um ihn als Erbschaftsbesitzer zu qualifizieren, um ihn passiv zu legitimieren. Ferner ist es unerheblich, ob zur Zeit der Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs der Erbschaftsbesitzer noch einen Nachlaßgegenstand besitzt. Es genügt, daß er einmal «etwas aus der Erbschaft erlangt hat» [2]). Der Erbschaftsbesitzer kann ja mittlerweile alle Nachlaßgegenstände veräußert haben, sodaß zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs bei ihm nichts mehr vorhanden ist von dem, was er aus der Erbschaft erlangt hat. Auch dann kann der Erbe seine Rechte durch den Erbschaftsanspruch geltend machen.

II. Das Wesen dieses Erbschaftsanspruchs ist in letzter Zeit sehr fraglich geworden. Allgemein wird er als ein Gesamtanspruch bezeichnet im Gegensatz zu den Einzelansprüchen, welche dem Erben gegen den Erbschaftsbesitzer zustehen [3]). Demgegenüber hat Hellwig [4]) behauptet, daß es in unserem heutigen Recht einen selbstständigen Erbschaftsanspruch neben den Einzelansprüchen überhaupt nicht mehr gibt (S. 53), daß er vielmehr nur die Summe der Einzelansprüche sei (S. 54). Dieser Ansicht haben sich Binder [5]), neuerdings auch von Tuhr [6]) und Lent [7]) angeschlossen.

[2]) Siehe Staudinger, Bem. III, 4 zu § 2018.

[3]) Staudinger, Bem. I zu § 2018; Planck, Bem. 4 vor § 2018; Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl., Bd. 2, S. 376; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenr., 9. Aufl., Bd. 5, § 612 u. a.

[4]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900, S. 53 ff.

[5]) Binder, Die Rechtsstellung des Erben, Leipzig 1905, Bd. 3, § 54.

[6]) v. Tuhr a. a. O., S. 272 ff.

[7]) Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. 1, Leipzig 1912, Kapitel III, § 6.

Es ist zuzugeben, daß den Verfassern des Gesetzes ein Gesamtanspruch nach römischem Vorbilde vorschwebte; das kann uns aber in der Auslegung des Gesetzes nicht binden[8]). Schon für die hereditatis petitio wies Leonhard[9]) nach, «daß sie weder ein Gesamtanspruch im Sinne eines auf eine Gesamtheit gerichteten Anspruchs, noch im Sinne eines Anspruchs auf Sachen, die als Gesamtheit vom Beklagten in Besitz genommen sind, noch endlich im Sinne eines Anspruchs, der sich auf das Recht an einer Gesamtheit gründet» (S. 81), sondern daß «die vom Recht angeordnete Universalität der hereditatis petitio im wesentlichen eine prozessuale sei» (S. 77, 79), und daß «in der Lehre von der Universalität der Parteiwünsche insofern ein wahrer Kern liege, als diese Universalität zwar keine aktuelle, aber doch eine potentielle sei» (S. 81). «Wer das universum jus defuncti als Kläger geltend machen will, beabsichtigt sein Begehren, auch wenn es sich nur auf ein Stück richtet, auszudehnen, sobald er erfahren sollte, daß es noch mehrere andere Nachlaßstücke gibt, deren Besitz etwa unter den Parteien in Frage kommen könnte» (S. 82).

Hellwig hat nun nachgewiesen, daß diese «Universalität des Tatbestandes», auf der Leonhard die prozessuale Universalität der Erbschaftsklage begründet, mit unseren prozessualen Bestimmungen unvereinbar ist. Für unser heutiges Recht hat der Begriff des Gesamtanspruchs auch keine prozessuale Berechtigung mehr. Der Erbschaftsanspruch ist ebenso zu spezifizieren wie jeder andere Anspruch. Die Spezifikation kann zwar oft aus praktischen Gründen noch nicht bei der Klagerhebung erfolgen. Der § 254 Z. P. O. aber ermöglicht es, bei Ansprüchen in der Art des Erbschaftsanspruchs mit der Klage auf Herausgabe eine Klage auf Rechnungslegung und Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses (eventl.

[8]) So v. Tuhr, a. a. O., S. 273.

[9]) Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, S. 76 ff.

Leistung eines Offenbarungseides) zu verbinden. Die bestimmte Angabe der Leistung, die der Kläger vom Beklagten beansprucht, kann demnach vorbehalten werden bis der Beklagte diese vorbereitenden Verpflichtungen erfüllt hat.

Man hat die Auffassung des Erbschaftsanspruchs als eines Gesamtanspruchs noch darin zu begründen versucht, daß dieser Anspruch aus einem Gesamtrecht, einem Recht an einer Gesamtheit, an einem Vermögen entspringe. «Seinem Grunde eigne der universelle Charakter nicht seinem Gegenstande[10]).» Diese Begründung scheitert daran, daß es kein «Recht an einer Gesamtheit, an einem Vermögen» gibt. «Auch das Erbrecht ist kein dem Erben neben den Nachlaßrechten zustehendes subjektives Recht, sondern das Rechtsverhältnis, vermöge dessen er Subjekt der zum Nachlasse gehörenden Rechte ist[11]).» Die Berufung auf sein Erbrecht genügt zwar, um den Erben gegenüber dem Erbschaftsbesitzer aktiv zu legitimieren; aber zur Begründung seines Anspruchs muß er noch nachweisen, daß die in Anspruch genommenen Gegenstände Nachlaßbestandteile sind, daß sie dem Erblasser gehört haben (also daß der Erblasser Eigentümer oder Besitzer der Sache, Gläubiger der Forderung usw. gewesen ist). Aus der Notwendigkeit der Spezifikation, der bestimmten Angabe des Klagbegehrens ergibt sich, daß der Erbschaftsanspruch nur eine Summe von Einzelansprüchen ist.

III. 1. Es ist nun für unsere Betrachtung äußerst wichtig, sich auch über den Gegenstand des Erbschaftsanspruchs klar zu werden. In diesem Zusammenhange ist zunächst hervorzuheben, daß der Begriff der Erbschaft im § 2018 sich nicht völlig deckt mit dem im § 1922 angewandten[12]).

[10]) Langheineken, Anspruch und Einrede, Leipzig 1903, S. 156.

[11]) So v. Tuhr, a. a. O., S. 328, Note 51.

[12]) Vgl. Bellermann, Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer; Straßburger Diss., 1910, S. 17.

Das, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt, ist nicht identisch mit dem, was der Erbe auf Grund von § 1922 erwirbt. Einerseits wird der Erbschaftsbesitzer nicht Subjekt eines dinglichen oder obligatorischen Rechts der Erbschaft, denn er wird nicht Erbe. Andererseits erlangt er infolge seines Erbschaftsbesitzes Vorteile, die der Erbe nicht hat, und die er ihm eben durch den Erbschaftsanspruch streitig zu machen sucht. Er ist Besitzer der Sachen, er kann sich ins Grundbuch, ins Handelsregister eintragen lassen und anderes mehr. Es ist darum nicht ganz genau, wenn § 2018 sagt, daß der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft etwas erlangt. Jedenfalls kann man für etwas nicht «ein Recht» setzen, wie etwa in § 812. Der Erbschaftsbesitzer erlangt kein Recht aus der Erbschaft, denn dieses bleibt dem Erben.

Die Fassung des § 2018 bekommt nur einen richtigen Sinn, wenn man eine Mehrdeutigkeit des Begriffs Erbschaft annimmt. Der § 2018 hat, wenn er von Erbschaft redet, in erster Linie die Erbschaftsstücke als körperlich wahrnehmbare, materielle Objekte im Sinne[13]). Den Verfassern des Gesetzes schwebte bei dem Begriff Erbschaft im § 2018 nicht die Summe der rechtlichen Beziehungen, der Rechte des Erblassers, sondern die Summe der Objekte dieser Rechte vor. Die dinglichen und obligatorischen Rechte, die zur Erbschaft gehören, gehen auf den Erben über und werden Bestandteile seines Vermögens; aber das wirtschaftliche Substrat dieser Rechte, Vermögen im wirtschaftlichen Sinne des Wortes, kommt in den Besitz des Erbschaftsbesitzers. Der Begriff der Erbschaft in § 2018 ist also im wirtschaftlichen und nicht im juristischen Sinne aufzufassen.

2. Gegenstand des Erbschaftsanspruchs sind nun zunächst alle ursprünglichen Nachlaßgegenstände, d. h. alle Vermögensbestandteile im wirtschaftlichen Sinne, die dem

[13]) Vgl. Bellermann a. a. O., S. 18.

Erblasser gehört haben, und die der Erbschaftsbesitzer noch in Händen hat. Wenn es sich also um Sachen handelt, so ist dieser Anspruch ein dinglicher. Wenn sich der Erbschaftsbesitzer ins Grundbuch hat eintragen lassen, so ist das Grundbuch unrichtig und der Erbe kann Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Der Erbschaftsbesitz ist nun zwar der Idee nach auch im B. G. B. Vorteilsbesitz, nicht bloß Sachbesitz. Soweit aber der Erbe durch den Erbschaftsanspruch nur Rechte geltend macht, die schon der Erblasser gehabt hat, kommt nur Sachbesitz in Frage; denn bei Rechten kann von Herausgabe keine Rede sein, weil sie nicht vorenthalten werden können [14]).

Das Vermögen des Erblassers kann sich aber in den Händen des Erbschaftsbesitzers vermindert haben. Dieser kann Nachlaßsachen veräußerst haben oder über Nachlaßforderungen verfügt haben. Solche Verfügungen können aus mancherlei Gründen wirksam sein, sodaß sich durch sie die Erbschaft im juristischen Sinne des Wortes vermindert haben kann. Die Verfügungen können auf Grund des öffentlichen Glaubens des Erbscheins wirksam sein [15]). Wer vom Erbschaftsbesitzer, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstande oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte erworben hat, ist durch den § 2366 geschützt. Ebenso ist derjenige geschützt, der dem Erbschaftsbesitzer, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts eine Leistung bewirkt, oder der mit ihm in Ansehung eines solchen Rechts ein Rechtsgeschäft vornimmt, das eine Verfügung über das Recht enthält (§ 2367). Aber auch wenn dem Erbschaftsbesitzer kein Erbschein erteilt ist, kann eine Verfügung doch in gewissem Umfange

[14]) Insofern hat also Leonhard Recht, wenn er sagt: «Der Erbschaftsbesitz des B. G. B. ist ein Sachbesitz», a. a. O., S. 19.

[15]) Siehe Beyer a. a. O., S. 100 ff.

durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs oder durch den guten Glauben des Erwerbers einer beweglichen Sache Wirksamkeit erlangen. Ferner kann das Erbschaftsvermögen in der Hand des Erbschaftsbesitzers auch auf natürlichem Wege ohne Rechtsgeschäft sich vermindern: z. B. durch Zerstörung, Beschädigung, Verlust einer Sache.

Andererseits kann sich aber auch das Vermögen des Erben wirtschaftlich entwickelt und vermehrt haben. Eine Sache kann Früchte getragen haben. An ihnen kann der Erbschaftsbesitzer gemäß dem § 955, d. h. wenn er gutgläubig ist, Eigentum erwerben. Der Besitz der Erbschaftssachen kann ihm aber auch sonst noch Vorteile gebracht haben. Soweit der Erbschaftsbesitzer kein Eigentum an den Früchten erworben hat, kann sie der Erbe mit einem dinglichen Anspruch herausverlangen, sonst steht ihm nach allgemeinen Grundsätzen nur ein obligatorischer Bereicherungsanspruch zu.

Der Erbschaftsbesitzer kann auch auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts etwas erlangt haben. Gewöhnlich wird zwar der Erbe ein dingliches Recht an diesem «Etwas» haben, sodaß er einen dinglichen Anspruch geltend machen kann. Wenn aber der Erbschaftsbesitzer dieses Etwas als eigenes Recht erworben hat (was ja z. B. gemäß § 2367 möglich ist), so ist er nach den allgemeinen Grundsätzen dem Erben nur gemäß § 812 zur Herausgabe verpflichtet. Ähnlich verhält es sich, wenn für die Zerstörung, Beschädigung, oder Entziehung eines zur Erbschaft gehörenden Rechts an den Erbschaftsbesitzer etwas geleistet worden ist. Ist die Leistung dem Erben gegenüber wirksam, so steht dem Erben nur ein Bereicherungsanspruch zu gemäß § 816 Abs. 2. Wenn dies nicht der Fall ist, so hat der Erbe seinen Ersatzanspruch nicht verloren; er kann die Leistung nochmals für sich verlangen.

Schließlich kann der Erbschaftsbesitzer auch durch eine Verfügung, die dem Erben gegenüber wirksam ist, etwas erlangt haben. Auch das muß er nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 816 Abs. 1 herausgeben. Zur Herausgabe des Erlangten kann er aber infolge ingendwelcher Umstände außer Stande sein. Dann hat er nach den allgemeinen Grundsätzen der Wert zu ersetzen (§ 818 Abs. 2). Er ist aber nur so weit zum Ersatz verpflichtet, als er noch bereichert ist (§ 818 Abs. 3). Die Haftung des Erbschaftsbesitzers könnte sich wegen seiner Bösgläubigkeit oder wegen eines strafbaren Vorgehens noch verschärfen.

IV. 1. Die ganze rechtliche Stellung des Erben gegenüber dem Erbschaftsbesitzer erleidet nun infolge der Vorschrift des § 2019 eine erhebliche Modifikation. Im ersten Entwurf (§ 2081) war schon eine Surrogationsvorschrift gegeben, aber in der sogenannten subjektiven Form. Danach hatte der Erbschaftsbesitzer dasjenige herauszugeben, was er auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes «dem Erben» erworben hatte. Schon die Motive (Bd. 5, S. 582) sehen diese Vorschrift als eine selbstverständliche Rechtsnorm an. Sie ist demgemäß auch von der zweiten Kommission als überflüssig gestrichen worden.

Die eigentliche rechtsgeschäftliche Surrogation behandelte der Absatz 3 des § 2081 (E. I.), der die Erbschaftsklage auf solche Gegenstände ausdehnte, die der Erbschaftsbesitzer durch ein auf die Erbschaft oder einen Erbschaftsgegenstand sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben hat, sofern das Rechtsgeschäft gegenüber dem Erben wirksam ist oder von ihm genehmigt wird. Nach der Fassung dieser Vorschrift und nach der Absicht der Motive (Bd. 5, S. 584) handelte es sich hierbei nur um einen obligatorischen Anspruch des Erben auf Tra-

dition des Surrogats. Diese Vorschrift ist in das Gesetz aufgenommen worden, aber in wesentlich veränderter Fassung. Nachdem im § 2018 bestimmt wird: «der Erbe kann vom Erbschaftsbesitzer die Herausgabe dessen verlangen, was er aus der Erbschaft erlangt hat», fährt der § 2019 fort: «als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.» Diese Formulierung könnte vermuten lassen, daß es sich um eine Fiktion handelt. Aber aus dem zweiten Absatz des § 2019 und aus den Protokollen (Bd. 5, S. 712 ff.) ist zu entnehmen, daß es sich hier um mehr als eine Fiktion handelt, daß nämlich eine Surrogation mit dinglicher Wirkung angeordnet ist[16]). Der Erbschaftsanspruch wird durch § 2019 ausgedehnt auf das, was der Erbschaftsbesitzer erwirbt; und zwar soll der Erbe selbst Subjekt dessen werden, was der Erbschaftsbesitzer erwirbt, sodaß er dieses Recht dinglich beanspruchen kann.

Die Fassung dieser Vorschrift erinnert sehr an diejenige des § 1381 und es könnte scheinen als ob sie dieselbe Bedeutung hätte wie jene, als ob ihr Zweck auch darin bestünde, eine Auflösung des Erbschaftsanspruchs in eine Anzahl von persönlichen Ansprüchen zu verhindern und dem Erben ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Erbschaftsbesitzers zu geben. Der § 2019 hat aber eine viel weittragendere Bedeutung, wie sich aus einem Vergleiche der Sachlage mit derjenigen des § 1381 ergibt.

2. Beim gesetzlichen Güterrecht verwaltet der Mann das eingebrachte Gut immer als ein fremdes Vermögen. Wenn er also für das eingebrachte Gut ein Rechtsgeschäft abschließt, so handelt er immer für fremde Rechnung, als ein Geschäftsführer. Die Frau kann daher auch, wenn der Mann die Grenzen seines Verwaltungsrechts überschritten

[16]) Vgl. Bellermann a. a. O., S. 10; Binder a. a. O., Bd. 3. S. 414; Hellwig a. a. O., S. 49, Note 16.

hat, die Übertragung aller durch die Geschäftsführung des Mannes erlangten Gegenstände schon nach den allgemeinen Grundsätzen fordern. Es werden also der Frau durch die Anwendung des § 1381 keinerlei Gegenstände verschafft, die sie nicht ohnehin beanspruchen könnte. Die Bedeutung jener Vorschrift liegt also lediglich in dem dinglichen Übergang der Gegenstände auf die Frau [17]). Das ist aber nicht der Fall beim Erbschaftsbesitz, weil der Pseudoerbe niemals für fremde, sondern immer nur für eigene Rechnung handelt. Die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag können also hier nicht zur Anwendung kommen [18]). Der Erbe könnte, wenn § 2019 nicht gegeben wäre, bei wirksamen Veräußerungen von Nachlaßgegenständen durch den Erbschaftsbesitzer die Vorteile, die dieser erlangt hat, nur durch Bereicherungsansprüche geltend machen. «Hat also der Erbschaftsbesitzer durch vorteilhafte Umsatzgeschäfte aus dem erlangten kleinen Nachlaß ein großes Vermögen gemacht, so könnte der Erbe an sich niemals dieses Vermögen, sondern nur Ersatz des Wertes der ursprünglichen Nachlaßstücke — bezw. seines Interesses — fordern» [19]). Schon daraus ergibt sich, daß die durch § 2019 herbeigeführte Änderung nicht darin besteht, den obligatorischen Ansprüchen des Erben eine dingliche Sicherung zu geben. Der § 2019 erlaubt ihm, viel mehr zu beanspruchen, als was er nach allgemeinen Grundsätzen verlangen könnte. «Das Prinzip führt hier nicht zur Verwirklichung ohnedies bestehender Ansprüche, sondern zu einer Verschiebung der ganzen Rechtslage.» «Schon in der Einräumung eines Forderungsrechtes auf die vom Erbschaftsbesitzer erworbenen Surrogate liegt eine Bestimmung von erheblicher Tragweite» [20]). Schon durch eine Surrogationsvor-

[17]) So mit Recht Windmüller, a. a. O., S. 67.
[18]) So auch Beyer a. a. O., S. 106 ff.; Windmüller a. a. O., S. 67.
[19]) So Windmüller a. a. O., S. 68.
[20]) So Windmüller a a. O., S. 68.

schrift mit obligatorischer Wirkung, wie sie im Entwurf I vorgesehen war, werden die Rechte des Erben erheblich erweitert. Das Motiv, die Auflösung des Erbschaftsanspruchs in lauter obligatorische Forderungen zu verhindern und den Erben auch für den Fall des Konkurses zu sichern, rechtfertigt nur, daß die Surrogation mit dinglicher Wirkung ausgestattet wurde, rechtfertigt aber nicht die Anordnung der Surrogation selbst.

3. Um die Zweckmäßigkeit einer Surrogationsvorschrift beim Erbschaftsanspruch zu erkennen, müssen wir auf die Erwägungen zurückgehen, mit denen man sie in der Fassung des Entwurfs I zu begründen versuchte. Es heißt in den Motiven zum B. G. B. (Bd. 5, S. 583): «Befindet sich eine Erbschaft längere Zeit in der Hand eines Erbschaftsbesitzers, so ist es unvermeidlich, daß in Ansehung einzelner Bestandteile rechtliche Veränderungen infolge von Maßnahmen des Erbschaftsbesitzers Platz greifen. Die Erbschaft als Ganzes unterliegt notwendig gewissen Wandlungen. Daß diese Wandlungen sich innerhalb des Vermögensganzen vollziehen und daß die Erbschaft so herauszugeben ist, wie sie sich schließlich gestaltet hat, entspricht der Natur der Sache. Hiervon wird auch im Leben ausgegangen.» Diese Surrogationsvorschrift ist also gegeben, um dem Erben zu ermöglichen, die Erbschaft in der Gestalt herauszuverlangen, die sie in den Händen des Erbschaftsbesitzers angenommen hat.

Es könnte hiernach scheinen, als ob «das Prinzip auch abgesehen von der dinglichen Wirkung auf dem Umstande beruhe, daß es sich um eine universitatis juris handelt» [21]). Das ist aber nicht der Fall. Denn die Erbschaft als Ganzes bildet eine universitatis juris, ein Sondervermögen des Erben nur, wenn für sie besonderes Recht gilt, wenn Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs angeordnet ist. Die Anwendung der Surrogationsvorschrift

[21]) So Windmüller a. a. O., S. 69.

kann also nicht darauf beruhen, daß die Erbschaft eine universitas juris ist. Damit ist natürlich nicht geleugnet, daß die Vorschrift im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse bei der Erbschaft, auf die Möglichkeit etwa, daß jemand aus Irrtum über die Existenz eines Testaments etc. eine ihm nicht zukommende Erbschaft als eigenes Vermögen verwaltet, auf die Schwierigkeit ferner, das Schicksal aller ursprünglichen Erbschaftsstücke zu verfolgen, getroffen worden ist; kurzum, daß sie auf dem Umstande beruht, daß es sich um Erbschaftsgegenstände handelt.

Der Erbschaftsbesitzer hat auch nicht notwendig die ganze Erbschaft in seiner Hand. Die Surrogationsvorschrift würde also nicht für die Erbschaft als solche gelten, sondern nur für den Komplex von Erbschaftssachen, die Gegenstand des Erbschaftsanspruchs sind. Bilden etwa diese für sich eine universitas juris? Ein fremder Vermögenskomplex in der Hand eines völlig unberechtigten Inhabers wird vom Recht in der Regel nicht als eine Einheit behandelt, sondern einfach als eine Mehrheit von Vermögensobjekten des Berechtigten, deren Restitution dieser demnach nach den für jedes einzelnes Objekt geltenden Grundsätzen begehrt. Der Erbschaftsbesitz kann nicht als eine Ausnahme von dieser Regel angesehen werden [22]). Denn der Erbschaftsanspruch ist kein Gesamtanspruch — wie wir oben gesehen haben —, insbesondere darum nicht, weil der Gegenstand des Anspruchs keine Einheit ist. Auch der Erbe verlangt die Herausgabe der Erbschaftsgegenstände nach den für jedes einzelne Objekt geltenden Grundsätzen. «Die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§§ 2018 ff.) bestimmen nur, welchen Sonderregeln die Ansprüche des Erben unterworfen werden [23]).»

[22]) So Windmüller a. a. O., S. 66 ff.
[23]) Lent a. a. O., S. 255.

Der Erbe erlangt die ihm gebührende Stellung zu den Nachlaßgegenständen erst mit ihrer tatsächlichen Besitzergreifung, nicht unmittelbar durch den Erbfall. In der tatsächlichen Gewalt kann ihm ein anderer zuvorgekommen sein, der ein Erbrecht zu haben glaubt. Da ist es nur billig und entspricht der Natur der Sache, daß der wahre Erbe, wenn er sich die seinem Rechte entsprechende Stellung verschaffen will, die Erbschaft so erhält, wie sie sich seit dem Erbfalle gestaltet hat. Dem Erben kommt es ja nicht darauf an, daß er das Vermögen des Erblassers im juristischen Sinne erhält, d. h. daß die Rechte und Rechtsstellungen, die er erhält, Rechte und Rechtsstellungen des Erblassers gewesen sind; sondern darauf allein kommt es ihm an, daß er das Vermögen des Erblassers als wirtschaftliche Macht erlange. Es liegt um so mehr Grund vor, ihn in diesem Interesse zu schützen, als er ja ohne sein Verschulden, lediglich infolge des Irrtums oder der Unredlichkeit eines anderen, nicht sofort nach dem Todesfall den tatsächlichen Besitz der Erbschaft erlangt hat. So wenig nun der Erbschaftsbesitz dieses anderen berechtigt ist, so wenig ist es gerechtfertigt, ihm die wirtschaftlichen Vorteile zu lassen, die ihm dieser Besitz gebracht hat, und es ist nur billig, diese dem Erben zuzusprechen. Wenn dieser sich tatsächlich in seine Erbenstellung versetzen will, so soll er in die Lage versetzt werden, in der er wäre, wenn er die Erbschaft vom Erbfall an in Besitz gehabt und selbst verwaltet hätte, wenn also der Erbschaftsbesitz nicht eingetreten wäre. Der Erbe soll erhalten, was aus der Erbschaft infolge der Verwaltungshandlungen des Erbschaftsbesitzers wirtschaftlich geworden ist.

Der Grund der Surrogationsvorschrift beim Erbschaftsanspruch liegt also zunächst darin, daß ein völlig Unberechtigter fremde Vermögensbestandteile inne hat und verwaltet. Das allein würde aber diese Vorschrift noch nicht rechtfertigen, es kommt dazu, daß es sich um

Bestandteile einer Erbschaft handelt. Die eigentümlichen Verhältnisse bei der Erbschaft, die Unsicherheit über das Erbrecht, die Verschiebung der Rechtslage, die z. B. die Auffindung eines zweiten Testamentes bringen kann, erst diese Umstände rechtfertigen im tiefsten Grunde die Aufstellung einer solchen Vorschrift beim Erbschaftsanspruch. Wir müssen darum Binder[24]) durchaus zustimmen, wenn er schreibt: «das Surrogationsprinzip ist aus dem praktischen Bedürfnis geboren, das darin begründet ist, . . . daß es ohne die Anerkennung des Grundsatzes . . . für den Erben tatsächlich so gut wie unmöglich wäre, sich in den Besitz des Wertes zu setzen, den die Erbschaft für ihn repräsentiert.» Das ist der maßgebende gesetzgeberische Grund für § 2019. Sein Zweck ist der Schutz des Erben. Diesem Schutze ist dadurch erhöhte Sicherheit verliehen, daß die Surrogation mit dinglicher Wirkung ausgestattet ist.

4. Der gesetzgeberische Grund und die Bedeutung dieser Vorschrift sind also ganz andere, viel weitgehendere als bei §§ 1381 und 1646, wo es sich nur um eine dingliche Sicherung von obligatorischen Ansprüchen handelt. Nur bei diesen lag darum ein Grund vor, die Surrogation zu beschränken auf bewegliche Sachen und andere Rechte, die leicht übertragen werden können. Der Schutz des Erben gegenüber dem Erbschaftsbesitzer heischt dagegen eine unbeschränkte Surrogation. Die Vorschrift des § 2019 hat zwar ungefähr denselben Wortlaut wie die §§ 1381, 1646, es fehlt aber hier der Zusatz: «Es sei denn, daß der Erbschaftsbesitzer nicht für Rechnung des Erben erwerben will». Ein solcher Zusatz hätte hier keinen Sinn gehabt, da der Pseudoerbe niemals für Rechnung des Erben handelt, sondern immer nur für eigene Rechnung. Dies ist auch der Fall, wenn er bösgläubig ist und die Erbschaft nicht als sein Eigentum betrachten kann. Es

[24]) Binder a. a. O., Bd. 3, S. 409.

fehlt aber auch in § 2019 jeglicher Zusatz, der eine Berücksichtigung von subjektiven Momenten zulassen würde, sodaß auch Sachen, die wirtschaftlich in gar keiner Beziehung zur Erbschaft stehen (z. B. ein Hut, den der Erbschaftsbesitzer für sich kauft) Eigentum des Erben werden, wenn der Erbschaftsbesitzer sie mit Erbschaftsmitteln bezahlt. Es ist gleichgültig, ob der Erwerb für die Erbschaft oder mit Beziehung auf die Erbschaft gemacht worden ist. Der Erbe kann auch z. B. nicht wie im römischen Recht die Bewirtschaftungsgegenstände verlangen, die der Erbschaftsbesitzer aus eigener Tasche für das Nachlaßgrundstück angeschafft hat. Es ist allein ausschlaggebend, daß «Mittel der Erbschaft» verwendet worden sind. Es kann wohl mit Recht bestritten werden, daß diese Regelung ein Fortschritt in der Rechtsentwicklung ist[25]).

V. Die allgemeine Ansicht setzt den Erwerb «mit Mitteln der Erbschaft» dem Erwerb «durch eine dem wahren Erben gegenüber wirksame Verfügung über Nachlaßgegenstände» gleich. Diese Auffassung hält Bellermann für «engherzig, doktrinär und unbegründet». Darin ist ihm insofern zuzustimmen, als diese Auffassung in dem Wortlaut des § 2019 nicht zum Ausdruck kommt. Sie beruht aber offenbar auf der Erinnerung an die Formulierung dieser Vorschrift im Entwurf I. Bellermann scheint mir zum Verständnis dessen, was der Ausdruck «mit Mitteln» sagen will, den richtigen Weg zu gehen, wenn er zur Erläuterung des Begriffs auf den § 2018 zurückgeht. «Was ich aus der Erbschaft erlange (im Sinne des § 2018) ist Bestandteil, ist Mittel der Erbschaft; jeder andere Schluß wäre unlogisch, widerspräche dem offenbaren Sinn des § 2018 und mutete dem Gesetz einen groben sprachlichen Mißgriff zu» (S. 18).

[25]) Vgl. Leonhard a. a. O., S. 66.

Der Begriff der Erbschaft im § 2019 ist aber zu beschränken auf den Sinn und die Bedeutung, die er im § 2018 hat. Er kann den in § 1922 angewandten Begriff nicht mitumfassen und also den beiden Erbschaftsbegriffen nicht übergeordnet sein[26]). Denn schon rein logisch ist es unmöglich, daß es einen Erbschaftsbegriff geben soll, der den beiden erwähnten übergeordnet ist. Diese beiden Begriffe der Erbschaft schließen sich gegenseitig aus, sie betreffen denselben Gegenstand und sehen ihn nur von verschiedenen Gesichtspunkten aus an, der eine vom juristischen, der andere vom wirtschaftlichen. Es gibt also keinen Begriff, der beide umfassen könnte. Der Begriff Erbschaft im § 2019 könnte also höchstens nur mehrdeutig sein, indem er einmal im juristischen, das andere Mal im wirtschaftlichen Sinne aufzufassen wäre, je nach Lage des Falles.

In der Tat wird auch darüber gestritten, ob der Ausdruck «Mittel» juristisch oder wirtschaftlich aufzufassen ist. Die allgemeine richtigere Ansicht geht dahin, daß der Begriff «Mittel» «dem Gebiete der volkswirtschaftlichen Lehre entnommen, nur unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten erklärt werden könne»[27]). Der entgegengesetzten Auffassung ist zwar zuzugeben, daß juristische Gesichtspunkte zur Bestimmung dessen maßgebend sind, was als Mittel der Erbschaft anzusehen ist, wenn es sich darum handelt, festzustellen, welche Vermögenswerte zur Erbschaft gehören. Aber es geht zu weit, daraus zu folgern, daß der Begriff «Mittel» ein juristischer ist. Der Begriff «Mittel» selbst ist kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher, — ein Mittel ist ein Vermögenswert, ein wirtschaftliches Machtmittel. Das Mittel erhält aber eine juristische Charakterisierung, wenn gesagt wird, wem das

[26]) So Bellermann a. a. O., S. 19.

[27]) So Thiele a. a. O., S. 17; ebenso alle Kommentare; a. A. z. B. Windmüller a. a. O., S. 44.

Mittel zusteht. Es entscheidet sich nach juristischen Gesichtspunkten, ob ein Mittel ein solches der Erbschaft ist.

Es wurde schon oben darauf hingewiesen, daß zum Verständnis des § 2019 auf den § 2018 zurückzugehen ist. Was in § 2019 unter Mitteln der Erbschaft zu verstehen ist, kann nicht im Gegensatz zu dem, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt hat, bestimmt werden. Die Mittel der Erbschaft, die § 2019 im Auge hat, müssen notwendig das umfassen, was der Pseudoerbe aus der Erbschaft erlangt hat. Das, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt hat, ist ein Mittel der Erbschaft. Das, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt, sind nun nicht die Rechte des Erblassers, denn diese stehen dem Erben zu, sondern nur das wirtschaftliche Substrat dieser Rechte, die wirtschaftliche Macht, die sie verleihen. Er erlangt den Besitz der Sachen, die Möglichkeit, Forderungen einzuziehen, sich ins Grundbuch, ins Handelsregister eintragen zu lassen und dergleichen mehr. Gewiß sind die Vermögenswerte, die er hat, Vermögenswerte, die dem Erben zukommen, aber er hat eben nur die Vermögenswerte, nicht auch die Rechte. Es ist meines Erachtens nicht richtig zu sagen, daß zu den Mitteln der Erbschaft auch diejenigen Gegenstände zu rechnen sind, die einem anderen gehören, die aber der Erbe auf Grund einer Forderung beanspruchen kann. Denn nicht der Vermögenswert des Gegenstandes selbst gehört zum Vermögen des Erben, sondern allein der Vermögenswert der Forderung auf Herausgabe des Gegenstandes. Die beiden Vermögenswerte sind nicht identisch.

Der Ausdruck «Mittel der Erbschaft» entspricht meines Erachtens also durchaus dem, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt, sodaß es im § 2018 auch heißen könnte: die Mittel der Erbschaft, die der Erbschaftsbesitzer erlangt hat. Ich kann insbesondere der Ansicht nicht zustimmen, daß zu den Mitteln der Erbschaft, die der Pseudoerbe erlangt, auch Erbschaftsrechte selbst,

nicht nur ihr Vermögenswert gehören können. Die Auffassung, daß der Erbschaftsbesitzer den Besitz der Nachlaßsachen aus der Erbschaft erlange[28]), kann jedenfalls nicht richtig sein. Es ist zwar unbestreitbar, daß der Besitz nicht nur eine Tatsache (die tatsächliche Gewalt) ist, sondern auch ein Recht, und «wenn auch kein Recht, so doch ein Rechtsverhältnis»[29]), das vererblich ist (§ 857). Aber der Erbschaftsbesitzer erlangt den Besitz — nicht nur als Tatsache, sondern auch als Recht — nicht aus der Erbschaft, sondern er schafft ihn sich neu durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Die rechtliche Stellung eines Besitzers, die der Erbe durch den Erbfall erwirbt, verträgt sich damit ganz gut, wie sich aus § 1007 ergibt. Sie ist insbesondere infolge der Besitznahme durch den Pseudoerben nicht untergegangen, oder gar auf diesen übergegangen. Der Besitz, den sich der Erbschaftsbesitzer aus eigener Macht an den Nachlaßsachen verschafft hat, ist darum sehr wohl seinem Eigenvermögen zuzuweisen[30]). Der Erbe sucht ja dem Pseudoerben eben diese seine rechtliche Stellung durch den Erbschaftsanspruch streitig zu machen.

Somit kommen wir zu dem Resultat, daß Mittel der Erbschaft alles das, aber auch nur das ist, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt hat. Er hat aus der Erbschaft nur die Vermögenswerte, nicht auch die Vermögensrechte erlangt. Zu den Mitteln der Erbschaft sind natürlich auch die gemäß § 2019 erworbenen Surrogate zu rechnen; denn sie «gelten als aus der Erbschaft erlangt».

VI. 1. Es ist nun noch zu untersuchen, ob auch die Nutzungen Mittel der Erbschaft sind, ob sie aus der

[28]) Bellermann a. a. O., S. 21 ff.
[29]) So v. Tuhr a. a. O., S. 126; vgl. auch S. 137 ff.
[30]) Anderer Ansicht Bellermann a. a. O., S. 23.

Erbschaft erlangt sind, ob sie mit Mitteln der Erbschaft erworben sind, und ob sie dann unter § 2019 fallen.

Die erste Frage ist zu verneinen. Denn was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt, sind die Vermögenswerte, die dem Erblasser gehört haben. Die Nutzungen, die der Erbschaftsbesitzer von dem Todesfalle an zieht, haben aber nie dem Erblasser gehört: der Erbschaftsbesitzer hat sie also nicht aus der Erbschaft, d. i. dem Vermögen des Erblassers erlangt[31]).

2. Es fragt sich weiter, ob ein Fall des § 2019 vorliegt. Das trifft jedenfalls nicht zu für die naturalen Früchte, die er ohne Rechtsgeschäft, nur durch Besitzergreifung oder durch Trennung erwirbt. Das rechtliche Schicksal dieser Früchte wird allein durch die §§ 953 ff. entschieden, denn diese Früchte fallen weder unter § 2018 noch unter § 2019[32]). Der Erbschaftsbesitzer kann also gemäß diesen Vorschriften Eigentum an den Früchten erwerben. Das wird bestätigt im § 2020, wo es heißt: «die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die Früchte, an denen er das Eigentum erworben hat.» Je nachdem kann also der Erbe einen dinglichen oder einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Früchte geltend machen.

Bezüglich der zivilen Früchte, die durch Rechtsgeschäft erworben werden, wird verschiedentlich die Meinung vertreten, daß sie mit Mitteln der Erbschaft erworben werden und darum unter § 2019 zu subsumieren sind, und demgemäß vom Erben mit der dinglichen Klage beansprucht werden können[33]). Dagegen wird geltend

[31]) Anderer Ansicht Beyer a. a. O., S. 130 ff. Die Mittel des Erben sind nicht eo ipso auch Mittel der Erbschaft.

[32]) Anderer Ansicht Strohal a. a. O., Bd. 2, S. 393. Der Grund ist wohl nur seine Auffassung des Erbschaftsanspruchs als Gesamtanspruch.

[33]) Planck, Bem. 2 b zu § 2020; Staudinger, Bem. 2; Beyer a. a. O., S. 128 ff.; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 3, S. 548.

gemacht, daß «zum Begriff der Frucht Unversehrtheit des Kapitals gehört; zum Begriff des Erwerbs mit Mitteln eines Vermögens dagegen Aufopferung von Kapital. Es könnte daher nur die gesetzliche Surrogation, der Erwerb auf Grund eines zum Nachlaß gehörigen Rechts, in Betracht kommen, um den Eigentumserwerb an Nachlaßfrüchten für den Erben zu begründen» [34]). Das letztere ist nun gewiß nicht zutreffend für die zivilen Früchte. Wenn der Erbschaftsbesitzer Nachlaßsachen vermietet, so erwirbt er die Mietzinsen nicht auf Grund eines Rechts, das zur Erbschaft gehört, sondern auf Grund des Mietsvertrags, in dem er selbst Gläubiger ist. Ferner ist die Behauptung, zum Begriff des Erwerbs mit Mitteln eines Vermögens gehöre Aufopferung von Kapital, ganz unbegründet und beruht nur auf der oben abgelehnten Auffassung, daß der § 2019 mit dem § 2081, Z. 3 des Entwurfs 1, identisch sei. Es liegt meines Erachtens kein Grund vor, nicht anzunehmen, daß solche Früchte mit Mitteln der Erbschaft erworben sind. Nur dadurch, daß er die tatsächliche Gewalt über die Nachlaßsachen erlangt hat, ist der Erbschaftsbesitzer in die Lage versetzt, diese Sachen zu vermieten und die Zinsen einzuziehen. Er verwendet die wirtschaftliche Macht, die er aus der Erbschaft erlangt hat, um sie zu erwerben. Beyer [35]) weist auch mit Recht auf § 2111 hin, aus dem sich ergibt, daß die Nutzungen auch mit Mitteln der Erbschaft erworben werden können. In § 2111 heißt es nämlich: «zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe . . . durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt.»

3. Es ist also nach dem eben Gesagten sehr wohl denkbar, daß für zivile Früchte die Voraussetzungen des § 2019 zutreffen. Es könnte demnach scheinen, als ob die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf zivile Früchte nicht

[34]) Binder a. a. O., Bd. 3, S. 416.
[35]) Beyer a. a. O., S. 128 ff.

fraglich sein könnte. Aber in den §§ 2020 und 2021 sind spezielle Vorschriften bezüglich der Herausgabe der Früchte gegeben, was zur Ansicht verleitet hat, daß diese Vorschriften die Anwendbarkeit der §§ 2018 und 2019 ausschließen, daß es also für die Nutzungen keine dingliche Surrogation gebe, sondern nur eine auf die Bereicherung beschränkte Herausgabepflicht. Um die Frage der Anwendbarkeit des § 2019 auf Nutzungen zu entscheiden, muß demnach auf die Bedeutung der §§ 2020 und 2021 eingegangen werden. In § 2020 wird bestimmt, daß der Erbschaftsbesitzer die gezogenen Nutzungen herauszugeben hat, auch die, an denen er das Eigentum erworben hat. Wie schon aus dem letzten Satze hervorgeht, läßt diese Vorschrift die Frage unberührt, welcher Art der Anspruch des Erben auf die gezogenen Nutzungen ist. Diese Vorschrift hat nur die Bedeutung den Umfang dessen festzulegen, was der Erbschaftsbesitzer an Nutzungen herausgeben muß, und hindert also nicht die Anwendbarkeit des § 2019 auf Nutzungen. Auch die Bestimmungen über Fruchterwerb können demnach durch § 2019 modifiziert sein. Wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind, wenn also Nutzungen mit Mitteln der Erbschaft erworben sind, dann fallen auch diese Nutzungen nicht ins Vermögen des Erbschaftsbesitzers, sondern ins Vermögen des Erben. Dieser kann auf solche Nutzungen einen dinglichen Anspruch geltend machen.

C. I. Auch für die Nacherbschaft ist in § 2111 eine sog. Surrogationsvorschrift gegeben. Sie bestimmt den Umfang dessen, was dem Nacherben beim Eintritt der Nacherbfolge als Erbschaft anfällt und lautet wie folgt: «Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt.»

Zum Verständnis der Bedeutung dieser Vorschrift müssen wir uns die Stellung des Nacherben und des Vorerben zur Erbschaft vergegenwärtigen. Der Nacherbe ist der Erbe, der Universalnachfolger des Erblassers. Es ist das Vermögen des Erblassers, das auf ihn übergeht. Die einzelnen Gegenstände stehen ihm zu, weil und insofern sie dem Erblasser gehört haben. Aber er tritt in die Rechte des Erblassers nicht unmittelbar mit dessen Todesfall ein, sondern erst nach einer bestimmten Zeit bekommt er die Erbschaft. Die Stellung des Nacherben gleicht derjenigen des Erben, der die Erbschaft erst von einem Pseudoerben beanspruchen muß, insofern als beide nicht unmittelbar nach dem Tode des Erblassers, sondern erst eine geraume Zeit danach die Erbschaft erhalten, nachdem sie ein anderer schon in Händen gehabt hat. Es ist darum aus denselben Gründen wie dort eine Surrogationsvorschrift erforderlich, damit die Erbschaft sich durch die Verwaltung des Vorerben nicht auflöse in einen Bereicherungsanspruch, und eine Substanz der Erbschaft erhalten bleibe, bis der Nacherbe in die Lage kommt, sie sich zu verschaffen. Wir finden darum im § 2111 dieselbe Wendung wie im § 2019: «Was der Vorerbe . . . durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.»

Die Stellung des Vorerben ist aber von der des Erbschaftsbesitzers wesentlich verschieden. Denn der Vorerbe ist zur Verwaltung der Erbschaft berechtigt, er ist selbst Erbe und darum Eigentümer der Nachlaßgegenstände. Die Erbschaft gehört zu seinem Vermögen und bildet ein Sondervermögen innerhalb seines sonstigen Vermögens. Es ist ein Komplex von bestimmten Rechten. Sie haben alle dem Erblasser gehört. Sie sind vom übrigen Vermögen des Vorerben dadurch abgesondert, daß für sie die Vorschriften über Nacherbschaft (§§ 2100 ff.) gelten. Bezüglich dieses Komplexes von Rechten ist der Vorerbe in der Verfügungsbefugnis beschränkt mit Rück-

sicht auf das Anwartschaftsrecht des Nacherben. Um dem Sondervermögen seine Selbständigkeit zu sichern, damit das allgemeine Vermögen sich nicht auf Kosten desselben vermehre, sind ebenso wie beim Vorbehaltsgut der Frau im gesetzlichen Güterrecht besondere Vorschriften erforderlich. Wir finden darum auch im § 2111 dieselbe Wendung wie im § 1370: «was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes erwirbt.» Diese Vorschrift ist nicht entbehrlich[35]), sie ist es ebensowenig wie beim Vorbehaltsgut der Frau; denn auch dort konnte man daraus, daß sogar der Erwerb durch Rechtsgeschäft zum Sondervermögen gehört, a fortiori folgern, daß auch das, was die Frau ohne vermittelndes Rechtsgeschäft erwirbt, in ihr Sondervermögen und nicht in ihr allgemeines Vermögen fallen müsse.

Die Fassung des § 2111 entspricht nicht vollständig derjenigen des § 1370. Es fehlt der Satz: «was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf die Erbschaft bezieht.» Er ist ersetzt durch den anderen: «was durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben wird.» Es fragt sich, worauf diese Änderung beruht. Das wird uns klar, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß die Erbschaft nicht im Interesse des Vorerben als Sondervermögen erhalten werden soll, sondern mit Rücksicht auf die Anwartschaft des Nacherben. In den anderen Fällen, in denen uns der Surrogationsgrundsatz in der Fassung «was durch Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf das Sondervermögen bezieht», begegnete, war der Zweck dieser Bestimmung der: dem Eigener eines Sondervermögens, das lediglich im Interesse des Subjektes gebildet war, die ordnungsmäßige Verwaltung desselben zu ermöglichen. Bei der Nacherbschaft liegt kein Interesse des Vorerben an der Erhaltung der Selbstständigkeit der Erbschaft als Sondervermögen vor; er

hat kein Interesse an einer ordnungsmäßigen Verwaltung, indem er geschützt werden muß (wie z. B. die Ehefrau bei der Verwaltung ihres Vorbehaltsguts). Ein schutzbedürftiges Interesse an der Erhaltung der Erbschaft als Sondervermögen in der Hand des Vorerben hat nur der Nacherbe. Sein Interesse an ordnungsmäßiger Verwaltung geht aber nicht so weit, wie das Interesse des Eigners eines Sondervermögens. Der Eigner eines Sondervermögens hat an und für sich ein Interesse an ordnungsmäßiger Verwaltung und an der Erhaltung der Selbständigkeit des Sondervermögens. Der Nacherbe dagegen hat ein Interesse daran nur, weil und in so weit dadurch die Substanz der Erbschaft erhalten werden soll. Insofern gleicht sein Interesse dem des Erben, dessen Erbschaft sich in den Händen eines Erbschaftsbesitzers befindet. Es ist darum in § 2111 an Stelle der Wendung, die wir sonst bei den Sondervermögen gefunden haben, diejenige des § 2019 aufgenommen worden: zur Erbschaft gehört auch, daß der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.

II. Unter Mitteln der Erbschaft ist hier dasselbe zu verstehen wie in § 2019. Der Vorerbe hat zwar nicht wie der Erbschaftsbesitzer nur die wirtschaftliche Macht der Erbschaft inne, sondern ihm stehen auch die Rechte selbst zu. Aber auch hier kommt es dem Nacherben nicht darauf an, daß die Rechte, die er erhält, zum Vermögen des Erblassers gehört haben, sondern auch für ihn ist die wirtschaftliche Substanz, der Vermögenswert, den die Erbschaft darstellt, wesentlich. Darum: mag sich immerhin der Bestand der Erbschaft verändern, mag der Vorerbe noch so viele Rechte des Erblassers veräußern, der Nacherbe soll deswegen nicht zu kurz kommen. Er soll das erhalten, was unter den Händen des Vorerben aus

[36]) Anderer Ansicht Strohal a. a. O., Bd. 1, S. 198, Anm. 24; Beyer a. a. O., S. 209.

der Erbschaft geworden ist; er soll die Erbschaft so erhalten, wie sie sich schließlich gestaltet hat.

Der Nacherbe soll das erhalten, was mit Mitteln der Erbschaft erworben ist. Das ist nicht gleichbedeutend mit dem, was durch eine dem Nacherben gegenüber wirksame Verfügung erworben ist, wie die allgemeine Ansicht annimmt. Zwar würde dies der Fassung der Vorschrift im ersten Entwurf entsprechen, und bei der Nacherbschaft werden zwar wohl meistens nur solche Fälle in Frage kommen, weil die Nutzungen, die der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, ihm zustehen (§ 2111). Aber prinzipiell ist die allgemeine Ansicht nicht haltbar, wie wir beim Erbschaftsanspruch nachgewiesen haben.

III. Auch im § 2111 ist die Surrogation nicht auf bewegliche Sachen und leicht übertragbare Rechte beschränkt. Denn wie im Falle des § 2019 handelt es sich auch hier nicht um die dingliche Sicherung an sich bestehender obligatorischer Ansprüche, sondern es sollen dem Nacherben überhaupt erst Ansprüche gegeben werden. Dieser würde meistens nicht einmal einen Bereicherungsanspruch (z. B. auf Grund von § 816) haben, weil dem Vorerben die Rechte zustehen und er im allgemeinen zur Verfügung über sie berechtigt ist. Durch § 2111 erhält der Nacherbe einen Anspruch, und zwar einen dinglichen auf Herausgabe der Gegenstände, die der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erworben hat.

Diese Rechte gehen aber nicht unmittelbar mit dem Erwerbe auf den Nacherben über; es heißt nur, daß diese Rechte auch «zur Erbschaft gehören». Erst mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge fällt die Erbschaft dem Nacherben an (§ 2139), hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und erst dann gehen die Rechte, die zur Erbschaft gehören, auf den Nacherben über. Die Vorschrift des § 2111 bewirkt also nur, daß die Rechte, die der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, beim Eintritt der Nach-

erbfolge mit dem ganzen Komplex von Rechten, der die Erbschaft bildet, dem Nacherben unmittelbar zufallen. Zu bemerken ist noch, daß hier im Gegensatz zu § 2019 ausdrücklich auch das als zur Erbschaft gehörend erklärt wird, was der Vorerbe dem Inventar eines erbschaftlichen Grundstücks einverleibt (§ 2111 Abs. 2).

D. Es findet sich auch beim Erbschaftskauf eine Vorschrift, die der Fassung des § 1370 völlig entspricht. Man ist darum leicht geneigt, auch den § 2374 als einen Fall der dinglichen Surrogation aufzufassen [37]).

Das ist aber abzulehnen [38]). Denn die Vorschrift könnte, wenn sie tatsächlich eine dingliche Surrogation anordnen würde, nur den Zweck haben die Erbschaft als Sondervermögen zu erhalten. Die Erbschaft ist aber in diesem Falle kein Sondervermögen. Der Nachlaß ist in der Hand des Alleinerben nur dann ein Sondergut, wenn eine besondere Verwaltung eingesetzt ist oder die Einreden der §§ 1973 und 1990 erhoben sind [39]). Die §§ 2374 ff. regeln hier nur den Umfang der dem Erbschaftsverkäufer dem Käufer gegenüber obliegenden Verpflichtungen [40]).

§ 6.

V. Die Bedeutung der Surrogationsvorschriften bei den Gesamtvermögen (§§ 1473, 2041 und 718).

A. Wir haben schließlich noch die Surrogationsvorschriften bei Gesamtvermögen zu betrachten. Im Laufe unserer Untersuchung ist uns schon ein Gesamtvermögen begegnet: das Gesamtgut bei der ehelichen Güterge-

[37]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 172; Frommhold, Anm. 1 zu § 2019; Windmüller, S. 21; Beyer, S. 246.

[38]) Ebenso Raasch a. a. O., S. 25 ff.

[39]) So Staudinger, Bem. 1 zu § 2374; ebenso Planck.

[40]) Vgl. Anmerkung zu § 2374 bei Staudinger, Planck u. a.

meinschaft. Bei diesem Gesamtvermögen war eine Surrogationsvorschrift nicht notwendig. Es waren vielmehr für die anderen Vermögensmassen, für die Einzelvermögen, besondere Vorschriften notwendig, um ihnen ihre selbstständige Entwicklung neben dem Gesamtvermögen zu sichern. Das Gesamtgut entfaltete sich sozusagen von selbst. Es war das normale Vermögen der beiden Ehegatten und alles, was einer von ihnen erwarb, floß prinzipiell diesem Gesamtvermögen zu. Das ist aber der einzige Fall im Rechtsleben, in welchem ein Gesamtvermögen das normale Vermögen bildet. In den anderen Fällen, in denen ein Gesamtvermögen vorkommt, bildet es eine spezielle Vermögensmasse neben dem Vermögen der Teilhaber der Gemeinschaft. Das Einzelvermögen bleibt das normale Vermögen und entwicklet sich demgemäß nach den allgemeinen Grundsätzen. Dagegen sind besondere Vorschriften erforderlich, um dem Gesamtvermögen seine Selbständigkeit gegenüber den Einzelvermögen zu sichern und eine eigene wirtschaftliche Entwicklung desselben zu ermöglichen. Es gibt im B. G. B. drei Fälle, in denen das Gesamtvermögen diese Stellung einnimmt, und in denen mithin eine sogenannte Surrogationsvorschrift angeordnet ist: erstens bei der Gesellschaft, zweitens bei der Gütergemeinschaft nach ihrer Beendigung und drittens bei der Erbengemeinschaft. Die Fassung der Vorschriften ist auch im allgemeinen dieselbe in allen drei Fällen und entspricht der Fassung der Surrogationsvorschrift beim Sondervermögen. Nur für das Gesellschaftsvermögen weicht sie in einem wesentlichen Punkte davon ab.

B. I. Wir betrachten zunächst die Gütergemeinschaft nach ihrer Beendigung und die Erbengemeinschaft. Sie haben beide das gemeinsam, daß sie sich in einem Übergangsstadium befinden; sie sollen die Überleitung von gemeinsamen Vermögensstücken in das Einzelvermögen

der Teilhaber der Gemeinschaft vermitteln. Der Zweck der beiden Gemeinschaften ist auf Auseinandersetzung gerichtet, auf Auflösung des Gesamtvermögens und Überführung von dessen Bestandteilen in die Einzelvermögen der Teilhaber. Die Erbengemeinschaft ist von vornherein darauf angelegt. Dagegen besteht der Zweck der Gütergemeinschaft bei ihrer Entstehung im Gegenteil in der Schaffung eines Gesamtvermögens. Die Ehegatten wollen alles gemeinsam haben. Mit ihrer Beendigung bleibt das vorhandene Vermögen vorläufig noch Gesamtvermögen. Die Gütergemeinschaft besteht also weiter fort, aber sie verändert ihren Zweck. Sie besteht von nun ab nur noch, um die Gütertrennung durchzuführen.

1. Es könnte ein Zweifel aufkommen, ob wir es hier überhaupt mit einem Vermögen zu tun haben. Es ist immer nur eine bestimmte Summe von Rechten, die auf die Erben übergeht, die die Ehegatten nach Beendigung der Gütergemeinschaft haben. Diese Summe vermehrt sich nicht durch den Erwerb eines Teilhabers, wie z. B. das Gesamtgut während des Bestehens der Gütergemeinschaft. Es scheint also ein wesentliches Moment des Begriffs des Vermögens zu fehlen: die Möglichkeit einer Entwicklung, eines Wechsels im Bestande. Da es sich ferner nicht um e i n Subjekt handelt, sondern um mehrere, so könnte man dazu neigen, hier überhaupt das Vorhandensein eines Vermögens zu leugnen und die gemeinsamen Rechte in ebenso viele Einzelberechtigungen zu zerlegen als Teilhaber vorhanden sind[1]).

Nun sind gewiß die Erbschaft und das Gesamtgut nicht eine Einheit in der Bedeutung eines einheitlichen Rechtsobjekts. Auch das Einzelvermögen ist keine Einheit in diesem Sinne, kein Objekt von Rechten. «Weder hat das Vermögenssubjekt selbst neben den einzelnen ihm gehörenden Rechten ein Recht an der Gesamtheit dieser

[1]) So Binder a. a. O., Bd. 3, §§ 34 und 35.

Rechte, noch kann es für dritte Personen ein Recht an einem fremden Vermögen geben, sondern nur einzelne Berechtigungen, die aus den Vermögensrechten des Subjekts konstitutiv abgeleitet sind[2]).» So kann insbesondere auch der Anteil eines Miterben oder eines Ehegatten nicht ein Recht sein, dessen Objekt die Erbschaft (das Vermögen des Erblassers) oder das Gesamtgut wäre[3]). Es geht auch nicht an, als Objekt des Anteils die einzelnen Vermögensbestandteile zu betrachten[4]). Denn dann ist nur folgerichtig, die gemeinsamen Vermögensrechte in Einzelrechte zu zerlegen und die Gemeinschaft zur gesamten Hand wie die Gemeinschaft nach Bruchteilen zu konstruieren und den einzigen Unterschied von dieser in der Verfügungsbeschränkung zu erkennen[5]). Der Anteil des Teilhabers einer Gemeinschaft zur gesamten Hand ist nicht als ein Recht, sondern als ein Rechtsverhältnis aufzufassen, als die Summe der Rechte und Pflichten, die sich für einen Teilhaber daraus ergibt, daß er zugleich mit anderen Subjekt eines Vermögens ist[6]). Die Größe der Anteile läßt sich zwar meist nach einem Zahlenverhältnis bestimmen, welches von Bedeutung ist bei der Abstimmung über Verwaltungsangelegenheiten und bei der Auseinandersetzung: aber der Anteil selbst ist keine Quotenberechtigung.

Das Gesetz spricht zwar auch vom Anteil an einzelnen Gegenständen (z. B. §§ 1719 und 2033). Diese Redeweise ist aber unpraktisch[7]). Die gemeinsamen Rechte bestehen nicht aus je so viel Teilberechtigungen als Teilhaber vorhanden sind. An einer Sache, die zur Erbschaft

[2]) v. Tuhr a. a. O., S. 328.
[3]) Vgl. v. Tuhr a. a. O., S. 359.
[4]) Binder a. a. O., Bd. 3, § 35.
[5]) Wie unhaltbar diese Auffassung ist, hat v. Tuhr nachgewiesen. v. Tuhr a. a. O., S. 81, Note 12.
[6]) So v. Tuhr a. a. O., S. 79 u. 359.
[7]) v. Tuhr a. a. O., S. 79, Note 7.

oder zum Gesamtgut gehört, besteht nicht eine Summe von gleichartigen, eigentumsähnlichen Teilrechten, deren Gesamtheit das Eigentum ausmacht, sondern ein Eigentum mit mehreren Subjekten. Eine gemeinsame Forderung ist nicht als die Summe von Forderungen der Teilhaber aufzufassen, sondern eine einheitliche Forderung, deren Gläubiger die Teilhaber zusammen sind.

Die Erbschaft und das Gesamtgut bestehen also aus einer Summe von Rechten, die keinem der Teilhaber auch nur zum Teil gehören, sondern je allen zusammen. Diese Rechte sondern sich schon durch die Verschiedenheit des Subjekts vom Vermögen der einzelnen Teilhaber ab. Zum Einzelvermögen gehört nur, was dem einzelnen Subjekte allein gehört. Die Erbschaftsgegenstände bilden schon dadurch ein für sich bestehendes, in sich abgeschlossenes Ganzes, daß sie allen Miterben gemeinsam gehören, ebenso auch die Bestandteile des Gesamtguts. Man kann dem Gesamtvermögen nicht etwa darum die Einheit absprechen, weil es nicht einem, sondern mehreren Subjekten zusteht. Denn wenn es auch mehreren Personen gehört, so wird es doch dadurch zu einer Einheit zusammengefaßt, daß es mehreren zusammen gehört. Das Gesamtvermögen ist die Gesamtheit aller Rechte, welche denselben mehreren Personen gemeinsam zustehen. Es ist also eine Einheit zwar nicht als Rechtsobjekt, aber als Rechtsbegriff.

Nun könnte es aber scheinen, als ob bei der Erbengemeinschaft und bei der beendigten Gütergemeinschaft nicht von einer Gesamtheit von Rechten die Rede sein könne, da beim Erbfall und bei der Beendigung der Gütergemeinschaft nur eine bestimmte Summe von Rechten gemeinsam werden bezw. gemeinsam bleiben. Aber wenn sich auch der Bestand des Gesamtvermögens nicht durch Neuerwerb verändern kann, so doch durch Ausscheiden eines Rechts. Auch das Gesamtvermögen ist unabhängig von seinem Bestande, vom Wechsel seiner Bestandteile.

Man kann von Gesamtvermögen sprechen, wenn auch nur noch ein Recht vorhanden ist, das der Rechtsgemeinschaft gehört. Das Gesamtvermögen entsteht mit der Gemeinschaft und geht mit ihr unter. Die Einheit des Gesamtvermögens besteht also auch in zeitlicher Hinsicht.

2. «Gesamthandsvermögen» kommt, wie das Sondergut, nur in gesetzlich festgestellten Fällen vor [8]). Wie beim Sondergut bedarf es besonderer gesetzlicher Vorschriften, um ein Recht einem Gesamtvermögen zuzuweisen. Es wird kein Recht Gesamtvermögen außer kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift. Denn im allgemeinen gilt die Regel, daß wenn ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht, Gemeinschaft nach Bruchteilen anzunehmen ist (§ 741). Diese Regel gilt nur dann nicht, wenn «sich aus dem Gesetz ein anderes ergibt». Solche gesetzliche Vorschriften, aus denen sich ergibt, daß Gemeinschaft nach Bruchteilen nicht anzunehmen ist, bestehen bei allen Gemeinschaften zur gesamten Hand. Bei der ehelichen Gütergemeinschaft gehört alles Vermögen, das ein Ehegatte bei Eingehung der Gütergemeinschaft hat und während der Gütergemeinschaft erwirbt, zum Gesamtgut (§ 1438). Bei der Erbengemeinschaft wird der Nachlaß Gesamtvermögen (§ 2032). Für die Gesellschaft ist in § 718 eine entsprechende Vorschrift gegeben.

Der Kreis der Rechte ist bei den einzelnen Gemeinschaften sehr verschieden. Am weitesten ist er bei der Gütergemeinschaft, da nach § 1438 prinzipiell alles Vermögen der Ehegatten Gesamtvermögen ist. Die Gütergemeinschaft ist auch der einzige Fall, in welchem der Kreis der Rechte so allgemein bestimmt ist. Im übrigen sind es nur ganz speziell bestimmte Rechte, die dem Gesamtvermögen zugewiesen werden. Bei der Erbengemeinschaft und nach der Beendigung der Gütergemeinschaft gehören von vornherein zum Gesamtvermögen

[8]) v. Tuhr a. a. O., S. 378.

nur die Rechte, die schon gemeinschaftlich sind. Es würde dem Wesen dieser Gemeinschaften entsprechen, daß überhaupt keine Rechte mehr ins Gesamtvermögen fallen. Der Zweck dieser Gemeinschaften kann aber nur durchgeführt werden, wenn sich das Gesamtvermögen bis zur Auseinandersetzung erhält. Erst in diesem Augenblicke sollen die Rechte auf die einzelnen Teilhaber übergehen.

II. Die Rechte, die in Beziehung zu dem bestehenden Gesamtvermögen bis zur Auseinandersetzung entstehen, würden nach den allgemeinen Grundsätzen den Teilhabern nach Bruchteilen zufallen (§ 741), würden also nicht ins Gesamtgut fallen. Das würde aber die Erhaltung des Vermögens gefährden und die ordnungsmäßige Verwaltung desselben erschweren. Darum sind wie beim Sondergut auch besondere Vorschriften erforderlich, die diese Rechte dem Gesamtvermögen zuweisen. In den §§ 1473 und 2041 sind solche Vorschriften gegeben, die ihrer Fassung nach der Surrogationsvorschrift bei Sondervermögen völlig entsprechen.

Eine Abweichung dieser Vorschriften von dem Wortlaut der §§ 1370 und 1638 besteht nur insofern, als hier nicht ausdrücklich gesagt wird, wer erwirbt, sondern es heißt nur allgemein: was . . . erworben wird. Eine Unklarheit darüber, wer das Recht erwirbt, kann nicht entstehen, soweit es sich um Erwerb auf Grund eines Rechts oder um Ersatz eines ausgeschiedenen Rechts handelt. Denn der Erwerb tritt für diejenigen Personen ein, die Subjekt dieser Rechte waren, das sind die Ehegatten bezw. die Miterben. Insofern regeln also die §§ 1473 und 2041 immer nur die Frage, unter welche Vorschriften die erworbenen Rechte fallen.

Soweit es sich aber um den Erwerb eines Rechts durch ein Rechtsgeschäft handelt, könnte es fraglich werden, ob diese Vorschriften nicht eine weittragendere Bedeutung haben. Denn wenn derjenige, der das Rechts-

geschäft vornimmt, in eigenem Namen handelt und nicht zu erkennen gibt, daß er für das Gesamtgut bezw. für den Nachlaß erwerben will, so fällt das erworbene Recht nach allgemeinen Grundsätzen ihm selbst zu. Die Vorschriften der §§ 1472 und 2041 würden aber bewirken, daß durch die Verwaltungshandlung an sich das Recht unmittelbar ins Gesamtgut oder in den Nachlaß fallen würde.

Die Ehegatten bezw. die Erben hatten nun zwar in den in Betracht kommenden Fällen immer einen Anspruch gegen denjenigen, der das Rechtsgeschäft vorgenommen hat. Denn dieses Rechtsgeschäft, das seinem Begriffe nach auf das Gesamtgut bezw. den Nachlaß Bezug haben muß, ist dann immer für Rechnung der an diesen Vermögen Beteiligten gemacht. Diese hätten also schon nach den allgemeinen Grundsätzen einen Anspruch auf dieses Recht, welcher aber nur ein obligatorischer wäre. Demnach wäre die Wirkung der §§ 1472 und 2041 die, daß ein Recht, welches nach den allgemeinen Grundsätzen nur obligatorisch in Anspruch genommen werden könnte, dinglich beansprucht werden könnte.

Es erscheint aber zum mindesten fraglich, ob diesen Bestimmungen eine so weittragende Bedeutung beizumessen ist, daß entsprechend den §§ 1381 und 1646 das erworbene Recht unmittelbar kraft Gesetzes übergeht, zumal diese Wirkung für den Fall des Erwerbs auf Grund eines Rechts oder als Ersatz eines Rechts nicht angenommen werden kann. Da es sich hier um Verhältnisse handelt, die nicht für die Dauer bestimmt sind, liegt auch keine Notwendigkeit vor, solche weittragende Bestimmungen zu geben wie bei jenen Familienverhältnissen. Die §§ 1473 und 2041 kommen meines Erachtens nur für den Fall zur Anwendung, daß durch das Rechtsgeschäft die Ehegatten bezw. die Erben das Recht erwerben. Die Bedeutung dieser Vorschrift besteht nur darin, daß ge-

wisse Rechte für mehrere Subjekte Gesamtvermögen werden. Demgemäß hat die Schutzvorschrift, die im Abs. II der beiden Paragraphen für den Schuldner gegeben ist, nur den Zweck, diesen eine Unkenntnis darüber, ob das Rechtsgeschäft sich auf das Gesamtvermögen bezog, nicht entgelten zu lassen. Der gutgläubige Schuldner wird befreit, wenn einer der Ehegatten bezw. Miterben und nicht alle gemeinschaftlich die Forderungen einziehen.

C. 1. Bei der Gesellschaft kommt es nicht allein auf Erhaltung eines Gesamtvermögens, sondern auf Schaffung eines solchen an. Der Zweck der Gesellschaft soll durch vereinte Kräfte und insbesondere durch eine Vereinigung von wirtschaftlichen Mitteln zu einem gemeinsamen Vermögen erreicht werden. Die Gesellschafter können aber nicht willkürlich Gesamthandsvermögen schaffen, sondern nur auf Grund gesetzlicher Vorschriften. Gemäß § 718 werden die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Abs. 2 dieser Vorschrift weist dann entsprechend den sogenannten Surrogationsvorschriften, die wir bei den anderen Gesamtvermögen und bei den Sondervermögen gefunden haben, auch den Erwerb auf Grund eines Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Rechts dem Gesellschaftsvermögen zu. An Stelle der typischen Formel, «was durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf das Gesellschaftsvermögen bezieht, erworben wird», findet sich hier die Fassung: «die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Rechte». Das hängt eben damit zusammen, daß es sich hier nicht bloß um Erhaltung, sondern auch wesentlich um Schaffung eines Gesamtvermögens handelt. Die Gesellschafter wollen nicht nur das gemeinsam haben, was infolge von Verwaltungsgeschäften, was nur mit Rück-

sicht auf das Vermögen erworben wird, sondern auch alles, was die Geschäftsführer der Gesellschaft mit Rücksicht auf den Gesellschaftszweck erwerben.

2. Allgemein wird angenommen, daß das Erwerbsgeschäft im Namen der Gesellschaft vorgenommen sein muß, damit der Erwerb ins Gesellschaftsvermögen falle. Es genüge nicht, daß der Geschäftsführer und der Gesellschafter nur innerlich für die Gesellschaft gehandelt habe, ohne auch in fremdem Namen aufzutreten. In diesem Falle sei er nur nach Maßgabe des § 713 im Zusammenhang mit § 667 verpflichtet, das Erlangte auf die Gesellschafter zu übertragen. Demgegenüber ist geltend gemacht worden, daß der Wille, für das Gesellschaftsvermögen erwerben zu wollen, nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht [9]). Das folgert man aus § 720, «der sonst überflüssig wäre». Man geht zunächst davon aus, daß man nicht «im Namen der Gesellschaft» auftreten könne. Denn das Handeln im Namen eines anderen setze voraus, daß dieser andere eine Person sei, entweder eine natürliche oder eine juristische; die Gesellschaft sei aber keines von beiden. Der Geschäftsführer könne also nur im Namen der Gesellschafter auftreten. Die Auffassung aber, daß der Erwerb im Namen der Gesellschafter gemacht sein müsse, sei unhaltbar, weil sie sich zu weit vom Wortlaut des Gesetzes entferne. Das Gesetz verlange nicht, daß der Erwerb für die Gesellschafter, sondern daß er für die Gesellschaft gemacht sei. Diese Argumentation ist aber wenig befriedigend und haftet zu sehr am Wortlaut. Wenn gesagt wird, daß der Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft auftreten müsse, so wird nur verlangt, daß er nach außen zu erkennen gebe, daß er für die Gesellschaft handelt. Das hindert nicht, die rechtliche Stellung des Geschäftsführers zu den Gesellschaftern juristisch richtig aufzufassen.

[9]) Beyer a. a. O., S. 329 ff.; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, II. Aufl., Bem. 2 b zu § 718.

Ein Erwerb «für die Gesellschaft» kann, wie auch jeder Erwerb für einen anderen, auf zwei Wegen erfolgen: entweder indem der Geschäftsführer dem Dritten zu erkennen gibt, daß er für die Gesellschaft handle, dann ist er Vertreter der Gesellschafter; oder indem er den Dritten nicht wissen läßt, daß er als Geschäftsführer auftritt, dann handelt er in eigenem Namen. Durch den Wortlaut des Gesetzes ist keine der beiden Möglichkeiten ausgeschlossen. Es läßt sich insbesondere aus ihm nicht entnehmen, daß der Erwerb auch im Namen der Gesellschaft gemacht sein müsse. Die Bedeutung des § 718 ist verschieden, je nachdem der Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft oder im eigenen Namen gehandelt hat. Ist er im Namen der Gesellschaft aufgetreten, also als Vertreter der Gesellschafter, so tritt die Wirkung des Rechtsgeschäfts unmittelbar für und gegen die Gesellschafter ein (§ 164). Der erworbene Gegenstand fällt also unmittelbar allen gemeinschaftlich zu. Nach den allgemeinen Grundsätzen würde infolgedessen eine Gemeinschaft nach Bruchteilen entstehen (§ 741). Das wird aber durch § 718 verhindert. Der erworbene Gegenstand wird gemäß § 718 gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, d. h. es entsteht nicht eine Summe von inhaltlich gleichartigen Einzelberechtigungen an einem Objekt, sondern ein Recht mit mehreren Subjekten. Insbesondere wird durch den Erwerb einer Forderung nicht für jeden Gesellschafter eine Forderung begründet, sondern eine einheitliche Forderung, deren Gläubiger die Gesellschafter zusammen sind[10]). Darum kann ein einzelner Gesellschafter allein über die Forderungen nicht verfügen, denn es ist nicht seine Forderung. Der Schuldner ist also nicht befreit (wie nach § 428), wenn er an einen einzelnen Gesellschafter leistet, und er kann auch nicht gegen diese Gesellschaftsforderung mit einer ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehenden Forderung aufrechnen

[10]) Vgl. v. Tuhr a. a. O., S. 81 ff.

(§ 719). Dagegen ist er aber geschützt durch § 720 für den Fall, daß er die Zugehörigkeit der Forderung zum Gesellschaftsvermögen nicht kannte. Diese Kenntnis erlangt er nicht schon dadurch, daß er weiß, der Geschäftsführer habe für mehrere Personen gehandelt; er muß auch erfahren, daß diese Forderung «für die Gesellschaft», d. h. mit Rücksicht auf den Gesellschaftszweck erworben ist. Für diesen Fall ist also § 720 nicht überflüssig.

Handelt der Geschäftsführer in eigenem Namen für die Gesellschaft, so tritt der Erwerb zunächst nur für ihn ein. Wenn nun § 718 auch auf diesen Erwerb Anwendung finden würde, so wäre die Wirkung dieser Vorschrift von sehr weittragender Bedeutung. Denn dann würde nicht nur die Anwendung der §§ 741 ff. ausgeschlossen, wie im anderen Falle, sondern es träte ein Rechtserwerb unmittelbar kraft Gesetzes ein. Insbesondere würde ein erworbenes Grundstück unmittelbar gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden, und der Geschäftsführer wäre nicht zur Auflassung, sondern nur zur Berichtigung des Grundbuchs verpflichtet. Der § 718 würde also dieselbe Wirkung haben wie § 1438 bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Nun fehlt aber für das Gesellschaftsvermögen eine Bestimmung wie in § 1438 des Inhalts, daß die einzelnen Gegenstände gemeinschaftlich werden, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft, und insbesondere nur einer Berichtigung des Grundbuchs bedarf. Dieser Umstand scheint mir die allgemeine Ansicht, daß bei Gesellschaftsvermögen eine Übertragung durch Rechtsgeschäft erforderlich ist, wenn der Geschäftsführer in eigenem Namen gehandelt hat, zu rechtfertigen. Zu dieser Übertragung ist dieser Geschäftsführer auf Grund der §§ 713 und 667 verpflichtet. Die Gesellschafter können demnach die Auflassung eines erworbenen Grundstücks, die Abtretung einer erworbenen Forderung verlangen.

Soweit zur Übertragung des Gegenstandes eine Formalität erforderlich ist, wie bei der Auflassung, wird der Übertragungsakt auch für Dritte erkennbar sein. Bei beweglichen Sachen wird die Übertragung nur in einer formlosen Vereinbarung gemäß § 930 bestehen, denn da der Geschäftsführer als Verwalter des Gesellschaftsvermögens auch Besitzer der dazu gehörigen Sachen ist, wird eine Übergabe der Sache nicht erforderlich sein. Diese Vereinbarung wird aber um so weniger nach außen hervortreten, als der Geschäftsführer dieses Rechtsgeschäft auch mit sich abschließen kann (§ 181). Denn er ist als Geschäftsführer im Zweifel Vertreter der Gesellschafter (§ 714), und das Rechtsgeschäft besteht nur in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, die aus der Geschäftsführung entstanden ist. Dasselbe gilt auch von Forderungen, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt. Ist aber der Abtretungsvertrag vorgenommen — sei es auch auf dem Wege des § 181 —, so finden die Vorschriften der §§ 406—408 Anwendung. Wenn demnach die allgemeine Ansicht richtig ist, daß der Erwerb für die Gesellschaft auch im Namen der Gesellschaft gemacht sein müsse, so hat der § 720 nur die Bedeutung, den Schuldner in seiner Unkenntnis darüber zu schützen, daß die Forderung für die Gesellschaft erworben ist und daß demnach keine gewöhnliche Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen, sondern auf Grund von § 718 Gemeinschaft zur gesamten Hand vorliegt.

B. Die juristische Eigentümlichkeit der Vorschriften über dingliche Surrogation.

§ 7.

I. Übersicht über die Versuche, die einzelnen Surrogationsvorschriften als Anwendungsfälle des Surrogationsgrundsatzes darzustellen.

A. Alle diese verschiedenen Vorschriften, deren Bedeutung wir zu erkennen versucht haben, werden in der Literatur allgemein dahin gekennzeichnet, daß sie eine dingliche Surrogation anordnen. Es soll allen das Eine gemeinsam sein, daß in ihnen das Prinzip der Surrogation mit dinglicher Wirkung zur Geltung komme. Die Einführung dieser Vorschriften ist zurückzuführen auf eine Nachwirkung der gemeinrechtlichen Lehre: es sei den universitates juris eigentümlich, daß für sie der Satz: pretium succedit in locum rei, etc. gelte. Die Gesetzgeber haben diesen Surrogationsgrundsatz im B. G. B. zur Anwendung bringen wollen. Das kommt sowohl in den Motiven wie in den Protokollen an verschiedenen Stellen zum Ausdruck [1]). Infolgedessen hat die bisherige Literatur sich bemüht, in den in Betracht kommenden Vorschriften Anwendungsfälle dieses Surrogationsgrundsatzes zu finden. Die Surrogation, die auf Grund dieses Satzes eintritt, soll nun in einzelnen Fällen mit obligatorischer, in anderen mit dinglicher Wirkung ausgestattet sein. In der Regel soll derjenige, welcher einen persön-

[1]) Motive, Bd. 4, S. 501, Bd. 5, S. 584; Protokolle, Bd. 4, S. 760, S. 801, Bd. 5, S. 481, 713.

lichen Anspruch auf Leistung eines Gegenstandes hat, auch an den Surrogaten desselben nur persönlich berechtigt sein, und wer ein dingliches Recht an einem Gegenstande hat, der soll auch hinsichtlich des Surrogats desselben dinglich berechtigt sein. Darum kommt die dingliche Surrogation regelmäßig bei Vermögen vor. Das Vermögenssubjekt soll auch an den Surrogaten seiner Vermögensgegenstände ein dingliches bezw. gegenständliches Recht haben. Die Surrogationsvorschriften, insbesondere bei Vermögen sind seit dem Bestehen des B. G. B. schon mehrfach Gegenstand der Untersuchung geworden. Hierbei ist aber das Wesen des Surrogationsgrundsatzes und seine allgemeine Bedeutung immer fraglicher geworden.

B. I. Thiele[2]) hat in einer im Jahre 1900 erschienenen Arbeit die Vorschriften der §§ 1381 und 1382 einer näheren Betrachtung unterzogen. Er geht davon aus, daß in diesen Vorschriften, wie auch an anderen Stellen des B. G. B. das sogenannte Surrogationsprinzip zur Anerkennung gebracht ist. Dieses Prinzip finde sich aber nicht überall in derselben Form wie in § 1381, sondern sei verschiedenartig normiert, «dergestalt, daß sich zwei Grundformen deutlich unterscheiden lassen, indem einmal als subrogiert gilt, was auf Grund eines zu der betreffenden Vermögensmasse gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines dazu gehörenden Gegenstandes, oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, welches sich auf die fragliche Vermögensmasse bezieht, und in anderen Fällen der Surrogation unterliegt, was mit Mitteln der betreffenden Vermögensmasse erworben wird» (S. 13 ff.). Bei der ersteren Grundform ist also ein subjektives Moment — die vom Eigentümer gewollte Beziehung zur Vermögensmasse — entscheidend, bei der anderen steht ein objektiver Maß-

[2]) Thiele im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 91.

stab — die Verwendung von Mitteln eines Vermögens — im Vordergrund (S. 13). Thiele unterscheidet darum eine subjektive und eine objektive Form des Surrogationsgrundsatzes. Diese verschiedenartige Normierung des Surrogationsprinzips erklärt er aus den verschiedenen Zwecken, denen es dient. Der Surrogationsgrundsatz in der subjektiven Form setze einen Eigentumserwerb des Surrogationsberechtigten, der zwei verschiedene Vermögensmassen hat, voraus. «Es handle sich nur darum, innerhalb der bereits feststehenden Eigentumsgrenzen die Zugehörigkeit des gemachten Erwerbs zu dieser oder jener Vermögensmasse zu bestimmen.» Dagegen setze die andere Form voraus, daß sich das Vermögen einer Person in der Hand eines Fremden befinde, und sie habe die Aufgabe, «Eigentumsrechte zu begründen dergestalt, daß unmittelbar durch die Surrogation das Eigentum von dem Erwerber des Surrogats auf den Surrogationsberechtigten übergeht» (S. 14). Das Surrogationsprinzip ist also mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit des Zwecks, dem es dienen soll, verschieden formuliert. Immerhin soll in allen Fällen dasselbe Prinzip zur Anwendung kommen. Es soll sich überall um denselben Vorgang der Surrogation handeln. Thiele geht jedoch nicht darauf ein, dieses sogenannte Surrogationsprinzip zu analysieren und juristisch zu charakterisieren. Er nimmt es gewissermaßen als ein Dogma an.

Feist[3]), der sich im übrigen den Erörterungen Thieles anschließt, bemerkt schon, daß das Wesen dieses Surrogationsprinzips schwerlich eindeutig festzustellen ist, aber trotzdem hält auch er daran fest. Er hilft sich über die Schwierigkeit hinweg, indem er annimmt, «daß man dem Ausdrucke Surrogation in der neuen Literatur einen weiteren Sinn beigelegt hat, als er ur-

[3]) Feist, Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrecht des B. G. B., Tübinger Diss., Halle 1903.

sprünglich besaß. Während von Surrogation im eigentlichen Sinne begrifflich nur die Rede sein kann, wenn eine Sache als Ersatz für eine andere (abgängig gewordene) eingestellt wird, versteht man jetzt im weiteren Sinne unter dem Surrogationsprinzip den Grundsatz, kraft dessen ein Gegenstand für einen weggefallenen anderen eintritt, oder kraft dessen ein Gegenstand in gewissen Fällen vermittels eines Rechts oder Rechtsgeschäfts einer Vermögenseinheit anwächst» (S. 13 ff.).

II. Windmüller[4]), dessen Arbeit die erste eingehende Untersuchung der sogenannten Surrogationsvorschrift ist, behandelt diese Vorschriften als Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, etc., wobei man den Ausdruck pretium «im weiteren Sinne, nicht nur als Kaufpreis, sondern als Äquivalent» auffassen müsse (S. 2). Über die allgemeine Bedeutung dieses Satzes vermag er nur folgendes zu sagen: «es tritt uns in einer Reihe von Fällen, die über das Rechtsgebiet zerstreut sind, die Erscheinung entgegen, daß dasjenige, was sich rechtlich aus einer Sache entwickelt, was namentlich durch Rechtsgeschäft, aber auch durch andere Ereignisse an die Stelle dieser Sache tritt, in gewissen Beziehungen in dieselbe Rechtslage gerät, in der sich die ursprüngliche Sache befand» (S. 1). Insofern sei der Satz: Surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est, zutreffender als der eben erwähnte. Genauer lasse sich die allgemeine Bedeutung des Surrogationsgrundsatzes nicht bestimmen. «Es kommt dem Grundsatz eben keine allgemeine, gleichmäßige Bedeutung zu,» fährt er dann fort (S. 2), «sondern der Sinn ist überall verschieden, je nach der rechtlichen Lage, in der die ursprüngliche Sache sich befindet.» Sogar bei den Vermögensinbegriffen, wo «das Surrogationsprinzip überall in dem Sinne zur Anwendung kommt, daß das Surrogat eines zum Vermögensganzen gehörenden

[4]) Windmüller, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii, Heidelberg 1902.

Gegenstandes seinerseits wieder zum Bestandteil des Vermögensganzen wird» (S. 2), sogar in diesen Fällen komme das Surrogationsprinzip in «zwei ganz verschiedenen Bedeutungen » zur Anwendung; «je nachdem es auf den Erwerb des Subjekts des Vermögens oder eines dritten Inhabers des Vermögens angewendet wird» (S. 3). «Der Zweck und dementsprechend auch die Wirkung des Surrogationsgrundsatzes ist in beiden Anwendungsarten ganz verschieden; dort handelt es sich um die Abgrenzung des betreffenden Vermögensbegriffs vom übrigen Vermögen seines Subjekts, hier soll dem Subjekt der Erwerb, den ein dritter Inhaber durch die Verwaltung des Vermögens erzielt, zugeführt werden» (S. 8).

Windmüller spricht demnach nicht nur von zwei verschiedenen Formulierungen desselben Prinzips, sondern behauptet, daß es in zwei ganz verschiedenen Bedeutungen vorkomme, und führt wie Thiele diese doppelte Bedeutung auf die Verschiedenartigkeit des Zwecks zurück. Er erkennt aber an, daß sich über die Bedeutung des Surrogationsprinzips im allgemeinen nichts Bestimmtes aussagen läßt, daß ferner der Gesetzgeber hinsichtlich der Frage, was als Surrogation anzusehen ist, sich nicht immer, dem Satz: pretium secedit etc. folgend, an rein objektive Gesichtspunkte hält. Beim Surrogationsprinzip, das die Funktion hat, ein Sondervermögen vom übrigen Vermögen des Subjekts abzugrenzen, «richtet sich das Gesetz mehr nach dem subjektiven Zusammenhang, indem es nicht so sehr auf die Provenienz der Mittel achtet, mit denen der Erwerb erzielt wurde, als auf den wirtschaftlichen Zweck des betreffenden Rechtsgeschäfts» (S. 13). Windmüller hat demnach erkannt, daß nicht nur die Bedeutung, sondern auch der Inhalt der einzelnen sogenannten Surrogationsvorschriften sehr verschieden ist. Da er diese Vorschriften aber als Anwendungsfälle eines und desselben Prinzips darstellen will, ist er genötigt, dieses Prinzip genau zu definieren. Das, was er über die allgemeine Be-

deutung dieses Prinzips zu sagen weiß, ist jedoch alles weniger als befriedigend. Denn wenn behauptet wird, daß sich rechtlich etwas aus einer Sache entwickelt dadurch, daß durch Rechtsgeschäft oder durch andere Ereignisse etwas anderes an die Stelle der ursprünglichen Sache tritt, so bleibt es doch sehr fraglich, worin das rechtliche Moment bestehen soll, wenn nicht zufällig ein Rechtsgeschäft die Surrogation bewirkt.

III. Einen weiteren Beitrag zur Surrogationsfrage hat Kohler[5]) in einer Studie über «das Vermögen als sachenrechtliche Einheit» geliefert. Auch er erkennt den Unterschied zwischen den beiden Surrogationsformen an und findet, daß der Ausdruck «Erwerb durch Rechtsgeschäft, das sich auf ein Vermögen bezieht», ausgiebiger sei, als der andere «Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln eines Vermögens». Denn unter den ersteren Ausdruck falle nicht nur die Surrogation im eigentlichen Sinne, sondern auch die «Bewidmung», das ist: das, was für ein Vermögen erworben wird. Er sucht aber den Unterschied wieder zu verwischen, indem er behauptet, es sei anzunehmen, «daß der erstere Ausdruck auch auf die anderen Fälle (§§ 2019 etc.) bezogen werden muß, daß hier eben nur eine beschränkendere Redeweise gebraucht ist zu dem Zweck, um den einen Hauptfall, den Erwerb mit Mitteln des Vermögens, besonders hervorzuheben». Wenn man aber mit Kohler dies annimmt, so ist in den gedachten Vorschriften des B. G. B. ein anderer Grundsatz zur Anerkennung gekommen, nur nicht der sog. Surogationsgrundsatz. Denn dieser lautet: «was durch ein Vermögen erworben wird, wird diesem Vermögen erworben» (S. 9). Es ist ferner unhaltbar, den Erbschaftsbesitz den Fällen zuzurechnen, in denen der sogenannte Surrogationsgrundsatz ein Sondervermögen vom allgemeinen Vermögen seines Subjekts abgrenzt. Die Erbschaft ist nicht Son-

[5]) Kohler im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 22, S. 1 ff.

dervermögen des Erbschaftsbesitzers, sondern Vermögen des Erben. Es ist eine unbegründete Behauptung, daß der Erbschaftsbesitzer, «als der Inhaber zweier Vermögen (scil. die ihm gehören) behandelt wird».

IV. Im Jahre 1904 hat dann Waller[6]) eine Studie über Surrogation veröffentlicht, in der er zu dem völlig negativen Resultat kommt, «daß es nicht möglich ist, alle diese Dinge (gemeint sind die sogenannten Surrogationserscheinungen) in einen juristischen Begriff zu pressen und damit als Ausfluß eines einheitlichen Rechtsprinzips hinzustellen» (S. 102). Denn keine jener Erscheinungen lasse sich als Ersatzvorgang charakterisieren. Es sei bei diesen Rechtserscheinungen «von ganz äußerlichen Umständen abhängig, ob der Rechtsvorgang der interessierten Person einen Ersatz oder eine darüber hinausgehende Bereicherung einbringt». «Die in der Literatur schon versuchte systematische Trennung der Ersatz- von den Bereicherungserscheinungen sei unhaltbar.» «Indeß wenn man selbst bereit sei, sich über diese fundamentale Unzulänglichkeit des Surrogationsbegriffs hinwegzusetzen und ihn unter willkürlicher Ausweitung des Wortsinns auch auf die Bereicherungsvorgänge anzuwenden, muß man ihn doch eben wegen seiner zu großen Allgemeinheit und Farblosigkeit als zur juristischen Verwertung ungeeignet ablehnen. Denn die vage Vorstellung, daß ein Etwas irgendwo als Ersatz oder Zuwachs in der Rechtsstellung eines anderen Etwas einrückt, reicht niemals aus, um so bezeichnete Rechtsvorgänge von anderen längst begrifflich fixierten Erscheinungen abzugrenzen» (S. 108). «Die Idee eines Surrogationsprinzips ist damit erledigt» (S. 101).

Waller ordnet nun die sogenannten Surrogationserscheinungen in drei Gruppen. In den Fällen, wo «der Er-

[6]) Waller, «Surrogation», eine Studie aus dem modernen Privatrecht, Diss., Bonn 1904.

werb, den jemand im eigenen Namen, aber mit fremden Mitteln oder für fremde Rechnung macht, mit dem Erwerbsgeschäft auf den bisherigen Inhaber der Erwerbsmittel bezw. auf den Geschäftsherrn übergeht, gerade als wenn der Erwerber als dessen Stellvertreter tätig geworden wäre» (S. 41), spricht er von «notwendiger Erwerbsorganschaft». Dagegen sollen die Vorschriften, die in der Fassung: was auf Grund eines Rechts oder als Ersatz für ein Recht oder durch Rechtsgeschäft, das sich auf ein Vermögen bezieht, erworben wird, eine «zwangsläufige Selbstentwicklung von Sondervermögen» anordnen. Und endlich bezeichnet er den Fall des § 1382 als «einen gesetzlichen Eigentumserwerb an Ersatzstücken einer Sachgesamtheit», weil nach seiner Ansicht in diesem Falle die erworbenen Gegenstände infolge der Einverleibung in das Inventar auf die Frau übergehen. Diese Auffassung haben wir bei der Betrachtung des § 1382 schon abgelehnt. Mag man sie aber immerhin teilen, so scheint mir doch die Scheidung dieses «gesetzlichen Eigentumserwerbs» von den Fällen der «notwendigen Erwerbsorganschaft» unhaltbar zu sein. Denn auch bei der letzteren handelt es sich um einen «Erwerb ex lege», und dieser gesetzlicher Rechtserwerb setzt in beiden Fällen voraus, daß sich Vermögensbestandteile des Erwerbers in fremden Händen befinden. Nur die Umstände sind in beiden Fällen verschieden, aber sie lassen sich juristisch nicht präzisieren, sie sind nicht juristischer Natur. Der Unterschied, den Waller zwischen diesen beiden Fällen konstruiert, beruht also auf «ganz äußerlichen Umständen». Andererseits werden wir ihm aber darin zustimmen müssen, daß die Fälle, die er unter dem Begriff der notwendigen Erwerbsorganschaft zusammenfaßt, systematisch scharf zu scheiden sind von denen, die er als Anordnungen einer zwangsläufigen Selbstentwicklung bezeichnet (S. 106). Insofern werden wir ihm in der folgenden Untersuchung folgen und werden dann auch über seine Begriffe zu sprechen haben.

V. Beyer[7]) hat dann nochmals untersucht, inwieweit die Surrogation im B. G. B. zur Anwendung kommt und ob sich aus den einzelnen Anwendungsfällen ein einheitliches Prinzip ergibt. Er stellt zunächst den Begriff der Surrogation fest. Dieser habe folgende Voraussetzungen: «1. Ein Gegenstand muß aus dem Vermögen, zu dem er gehört, ausgeschieden sein. 2. Mit dem ausgeschiedenen Gegenstand muß ein anderer Gegenstand erworben sein. 3. Ein solcher Art erworbener Gegenstand (nicht etwa nur der Anspruch auf ihn) muß in das Vermögen, dem der ausgeschiedene angehört hatte, eingetreten sein. 4. Dieser Eintritt muß sich unabhängig vom Willen des Erwerbers vollzogen haben» (S. 6). «Der Surrogationsbegriff umfaßt sowohl einen Erwerb, der durch Rechtsgeschäft (rechtsgeschäftliche Surrogation), als auch einen solchen, der kraft Gesetzes (gesetzliche Surrogation) gemacht ist» (S. 7). An der Hand dieses Surrogationsbegriffs untersucht nun Beyer die verschiedenen sogenannten Surrogationsvorschriften des B.G.B. Das Ergebnis seiner Untersuchung ist folgendes: «I. Die gesetzliche Surrogation findet bei allen Sondervermögen des B.G.B. statt. Mag es sich nun um den Nachlaß oder um ein güterrechtliches Sondervermögen handeln, mag es sich um das Kindesvermögen oder das Vermögen der Gesellschaft handeln. Es gilt der Satz: was ohne vermittelndes Rechtsgeschäft lediglich auf Grund des Gesetzes «mit Mitteln» eines Sondervermögens erworben ist, wird Sondervermögen. II. Die rechtsgeschäftliche Surrogation ist im B. G. B. da einheitlich durchgeführt, wo der Eigner oder der Eigenbesitzer eines Sondervermögens «mit Mitteln» dieses Vermögens einen Erwerb macht» (S. 336).

Es könnte hiernach scheinen, als ob es Beyer gelungen wäre, alle sogenannten Surrogationsvorschriften auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen. Das ist aber nicht

[7]) Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im B. G. B., Marburg 1905.

der Fall. Auch Beyer vermag nicht nachzuweisen, daß diese Vorschriften Anwendungsfälle eines und desselben Grundsatzes sind. Das ist aber auch gar nicht seine Absicht, sondern er will lediglich untersuchen, «inwieweit eine Surrogation stattfindet» auf Grund dieser Vorschriften. Und sein Ergebnis ist tatsächlich dies:

1. Die §§ 1381 und 1646 ordnen keine Surrogation an, weil der Eintritt der Surrogation in diesen Fällen nicht «unabhängig vom Willen des Erwerbers» sich vollziehen muß. Es ist hier Rücksicht genommen auf die Absicht des Mannes bezw. Vaters (vgl. S. 6, Anm. 4; S. 264; S. 321).

2. Der § 1382 ist kein Fall der Surrogation, weil der erworbene Haushaltsgegenstand nicht «mit dem ausgeschiedenen erworben sein muß». Der Gegenstand tritt nur an die Stelle eines anderen wertlos gewordenen oder nicht mehr vorhandenen (S. 6, Anm. 3).

3. Die Vorschriften, die vom Erwerb durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf ein Vermögen bezieht, sprechen, lassen nicht bloß eine Surrogation, sondern auch «die sogenannte Bewidmung, die uns hier (d. i. Beyer bei seiner Untersuchung) nicht weiter interessiert», zu (vgl. S. 230).

Es ist der Untersuchung Beyers der Vorwurf gemacht worden, daß es verkehrt sei, nach einem vorgefaßten Begriff der Surrogation zu entscheiden, ob die in Frage kommenden Tatbestände als Fälle der Surrogation anzusehen sind oder nicht. Man müsse bei der Untersuchung des «Instituts der Surrogation» induktiv vorgehen[8]). Dieser Vorwurf ist aber unberechtigt, denn die Surrogation ist eben kein Rechtsinstitut wie die Einrede, der Anspruch oder der Rechtserwerb von Nichtberechtigten, deren Wesen und Voraussetzungen man für das heutige Recht festlegen kann. Darum und nicht wegen der kasuistischen Regelung der Surrogation im B. G. B. ist es unmöglich, «eine allgemeine Theorie der Surrogation» aus

[8]) Bellermann a. a. O., S. 5 ff.

dem Gesetz abzuleiten. Die Surrogation ist kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher Begriff. Beyer hat darum ganz Recht, wenn er den Begriff der Surrogation nicht aus dem Gesetz ableitet, sondern ihn als gegeben annimmt, und in Anlehnung an den römischen Satz seine Voraussetzungen näher bestimmt. Die Arbeit Beyers zieht gewissermaßen die Konsequenz aus der bisherigen Untersuchung der sogenannten Surrogationsvorschriften im B. G. B. Da es sich als unmöglich herausgestellt hat, ein allgemeines Prinzip aufzustellen, das den Inhalt aller dieser Vorschriften umfassen würde [9]), so unterscheidet er, ob und inwieweit infolge dieser Vorschriften eine Surrogation stattfindet.

C. Die Übersicht über die Literatur hat gezeigt, daß man sich seit der Entstehung des B. G. B. bemühte, alle sogenannten Surrogationsvorschriften als Anwendungsfälle eines und desselben Surrogationsgrundsatzes darzustellen. Man wurde dazu verleitet, durch die in den Materialien zum B. G. B. bezeugte Tatsache, daß die Gesetzgeber in diesen Vorschriften den Grundsatz zur Anerkennung bringen wollten. Es stellte sich bei der Untersuchung dieser Vorschriften sofort heraus, daß man es mit zwei Formulierungen, mit zwei Bedeutungen des Prinzips zu tun habe. An dieser Unterscheidung ist durchweg festgehalten worden: es sind zwei verschiedene Arten von Vorschriften, die man unter dem Ausdruck Surrogationsvorschriften zusammenfaßt. Der Versuch aber, die zwei verschiedenen Arten von Vorschriften als zwei Formulierungen desselben Prinzips darzustellen, ist als völlig mißlungen zu betrachten. Ja noch mehr: es zeigte sich, daß zwar auf Grund dieser Vorschriften eine Surrogation im eigentlichen Sinne stattfinden könne, daß aber die Wirkung dieser Vorschriften damit im allgemeinen nicht erschöpft

[9]) Auch Binder a. a. O., Bd. 3, S. 214, ist der Ansicht, daß es unmöglich ist, ein allgemeines Surrogationsprinzip aufzustellen.

sei, daß insbesondere die Surrogationsvorschriften in der sogenannten subjektiven Form außer der eigentlichen Surrogation noch einen anderen Vorgang herbeiführen können, den man als Bewidmung bezeichnete.

Infolgedessen verzweifelte man überhaupt an der Möglichkeit einer allgemeinen Theorie der Surrogation, d. h. an der Möglichkeit, einen allgemeinen Grundsatz aufzustellen, auf den alle diese Vorschriften zurückzuführen wären. Trotzdem fährt man aber fort, diese Vorschriften unter dem Namen Surrogationsvorschriften zusammenzufassen und beruhigt sich über den fehlgeschlagenen Versuch, eine allgemeine Theorie der Surrogation zu geben, mit der Behauptung, daß das Surrogationsprinzip im Gesetz eben kasuistisch geregelt sei. Man steht also noch so sehr unter dem Banne der Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften, daß man in ihnen die Anordnung eines neuen rechtlichen Instituts, eines neuen rechtlichen Vorganges voraussetzt und nun das Wesen dieses rechtlichen Vorgangs einer Surrogation zu erkennen versucht. Wie sehr die Lehrbücher noch unter diesem Banne stehen, zeigt sich z. B. bei Endemann[10]). der die Rechtsfolge der dinglichen Surrogation darin sieht, «daß ein Gegenstand in die Rechtslage eintritt, die vordem ein anderer einnahm». Schon das trifft nicht immer zu; denn wenn z. B. durch Veräußerung einer Sache eine Forderung erworben wird, so kann die Forderung unmöglich «in die Rechtslage» der Sache einrücken. Aber abgesehen davon dürfte auch diesem Satze keine scharfe juristische Vorstellung zugrunde liegen. Denn der Gegenstand, das Rechtsobjekt, wird in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt, und es bleibt völlig im Unklaren, welches das Schicksal der Rechte und Rechtsverhältnisse, die an diesem Gegenstande bestehen, ist. Diese aber allein werden von der Jurisprudenz in Betracht gezogen.

Die Surrogation ist kein rechtlicher Vorgang, son-

[10]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

dern ein wirtschaftlicher, tatsächlicher: es tritt an die Stelle eines Gegenstandes ein anderer. Welche rechtlichen Vorgänge damit verbunden sind, welche Rechtsinstitute diese Wirkung herbeiführen, läßt sich daraus nicht ableiten. Es ist gewiß nicht zu leugnen, daß die sogenannten Surrogationsvorschriften ins B. G. B. aufgenommen wurden, um eine Surrogation herbeizuführen. Aber daraus kann man nicht entnehmen, daß die Surrogation ein rechtlicher Vorgang ist. Sie bleibt nach wie vor nur ein wirtschaftlicher, tatsächlicher Vorgang. Und es ist zu untersuchen, welche rechtlichen Vorgänge der Gesetzgeber anordnen bezw. verhindern mußte, um den gewollten wirtschaftlichen Vorgang herbeizuführen. Wir untersuchen also im folgenden: welches die juristische Eigentümlichkeit der Surrogationsvorschriften ist und inwiefern durch sie ein Surrogationsvorgang bewirkt wird. Wir halten uns bei unserer Untersuchung an die übliche Unterscheidung zwischen den zwei Arten von Vorschriften.

§ 8.

II. Das Wesen der Vorschriften über dingliche Surrogation in der sogenannten objektiven Form.

A. I. Die Vorschrift in der Fassung: was mit Mitteln eines Vermögens erworben wird, gehört zu diesem Vermögen, findet überall da Anwendung, wo jemand ein fremdes Vermögen verwaltet. Das gilt auf jeden Fall im Familienrecht, wo der Mann das eingebrachte Gut der Frau und der Vater das Vermögen des Kindes verwaltet. Das gilt aber auch beim Erbschaftsbesitz, denn auch hier verwaltet tatsächlich jemand ein fremdes Vermögen (das Vermögen des Erben), wenn er es auch als sein eigenes betrachtet. Nur für die Nacherbfolge trifft unsere Behauptung nicht ganz zu, denn die Erbschaft ist Vermögen des Vorerben, also eigenes Vermögen des Verwalters. Es wird

aber einem fremden Vermögen in der Hand des Vorerben gleich geachtet, weil der Nacherbe eine Anwartschaft auf dieses Vermögen hat. Mit Rücksicht auf die Nacherbschaft müssen wir also den oben aufgestellten Satz dahin modifizieren, daß die in Betracht kommende Fassung überall da vorkommt, wo jemand das Vermögen eines anderen oder eine Vermögensmasse, auf das ein Fremder eine Anwartschaft hat, verwaltet.

II. Die Vorschrift ordnet im allgemeinen an, daß der Erwerb, den der Verwalter mit Mitteln des fremden Vermögens macht, unmittelbar auf das Subjekt dieses Vermögens übergeht. Daß dies für die Fälle des Familienrechts zutrifft, bedarf keines weiteren Nachweises, da die beiden Bestimmungen der §§ 1381, 1646 diesen Wortlaut haben. Für den Fall des Erbschaftsbesitzes haben wir nachgewiesen, daß eine solche Anordnung der Absicht des Gesetzgebers entspricht und auch aus dem Absatz 2 des § 2019 entnommen werden kann. Für den Fall der Nacherbfolge trifft unser Satz wiederum nicht ohne weiteres zu. Das, was der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, geht nicht unmittelbar mit dem Erwerbe, sondern erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge auf den Nacherben über. Und in diesem Zeitpunkte geht das Erworbene Recht nicht vom Vorerben auf ihn über, sondern es fällt ihm zu, wie wenn es ein Recht des Erblassers wäre. Es gehört mit dem Erwerbe zur Erbschaft. Also geht das Recht zwar nicht mit dem Erwerbe auf den Erben über, sondern es entsteht unmittelbar mit dem Erwerbe ein Anwartschaftsrecht des Nacherben. Insofern gleicht der Fall der Nacherbschaft auch den anderen Fällen.

B. I. Der Verwalter des fremden Vermögens muß das Recht durch Rechtsgeschäft erworben haben. Die in Frage stehenden Vorschriften setzen voraus, daß er dieses Rechtsgeschäft im eigenen Namen vornimmt. Denn wie

wir bei der Betrachtung der §§ 1381, 1646 hervorgehoben haben, tritt ein Erwerb, den der Verwalter im Namen des anderen macht, nach den Vorschriften über Stellvertretung unmittelbar für den Vertretenen ein. Für diesen Fall bedürfte es also nicht einer besonderen Anordnung. Wenn aber der Verwalter in eigenem Namen handelt, so tritt die Wirkung des Rechtsgeschäfts, der Erwerb, nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst für ihn ein. Die hier in Betracht kommenden Vorschriften ordnen aber an, daß das erworbene Recht unmittelbar mit dem Erwerbe auf den Fremden übergehen soll, daß also die Wirkung des Rechtsgeschäfts unmittelbar für ihn eintreten soll, «gerade wie bei der modernen Stellvertretung». Man hat darum hier von notwendiger Stellvertretung gesprochen. Dieser Begriff ist aber ein Widerspruch in sich selbst[1]). Denn der Begriff der Stellvertretung verlangt, daß der Stellvertreter den Willen habe, den Vertretenen auch wirklich zu vertreten, d. h. für ihn zu handeln. Und wenn dieser Wille nicht da ist, so kann man von Stellvertretung nicht reden und sie nicht dadurch herauskonstruieren, daß man den Vertretungswillen unterstellt und sagt, der Vertreter müsse ihn haben. Beyer[2]) hat auch eingehend nachgewiesen, «daß die Wirkungen, welche sich aus der Theorie der notwendigen Stellvertretung ergeben würden, entweder schon so wie so aus den über die Surrogation im Gesetz aufgestellten Grundsätzen folgen, oder mit denselben gar in direktem Widerspruch stehen» (S. 176).

II. Mit dem Begriffe der notwendigen oder unfreien Stellvertretung hatte man auch gewisse Erscheinungen des römischen Rechts, in denen eine Person auch ohne ihren Willen für einen anderen erwirbt, kennzeichnen wollen. Diese Bezeichnung wurde aber abgelehnt und durch das Wort: notwendige Erwerbsorganschaft er-

[1]) Vgl. Beyer a. a. O., S. 167 ff.

[2]) Beyer a. a. O., S. 168 ff.

setzt[3]). Diesen Begriff will nun W a l l e r übernehmen zur Bezeichnung der hier in Frage kommenden Fälle. Demgegenüber bemerkt B e y e r mit Recht, daß «mit diesem wohlklingenden Wort für das bürgerliche Recht nichts geholfen ist» (S. 156). Denn die hier in Betracht kommenden Erscheinungen entsprechen durchaus nicht dem, was man im römischen Recht als notwendige Erwerbsorganschaft bezeichnet. Daß die Gewaltunterworfenen, und insbesondere die Hauskinder nicht für sich, sondern für den Gewalthaber erwerben, hängt mit der Einrichtung der römischen Familie zusammen, spezieller damit, daß die Gewaltunterworfenen vermögensunfähig sind. Der Erwerb des Hausvaters durch das Kind ist an keine Bedingungen geknüpft, sondern das Kind erwirbt unbedingt für den Gewalthaber. Darum wird es als notwendiges Erwerbsorgan bezeichnet. Der Verwalter des fremden Vermögens erwirbt aber nicht darum für das fremde Subjekt, weil er vermögensunfähig ist, er erwirbt auch nicht unbedingt und also nicht in diesem Sinne notwendig für das andere Subjekt, sondern nur wenn er mit Mitteln des fremden Vermögens erwirbt. Mit dem Begriff der notwendigen Erwerbsorganschaft ist also für das bürgerliche Recht nichts anzufangen.

III. Die in Betracht kommenden Vorschriften ordnen an, daß das erworbene Recht auf das Subjekt des Vermögens übergehen soll. Man hat aus diesem Ausdruck geschlossen, daß es sich um einen gesetzlichen Eigentums- bezw. Forderungsübergang handle. Für die §§ 1381, 1646 liegt es auch sehr nahe, dies anzunehmen, da die Vorschriften nur eine Rechtsübertragung ersetzen oder vielmehr überflüssig machen sollen. Ferner kann man das daraus schließen, daß die Vorschriften über Forderungsübertragung hier nicht für entsprechend anwendbar er-

[3]) Nach dem Vorgehen Windscheids, Pandekten, Bd. 3, § 115.

klärt sind, wie in den §§ 2019, 2111 [4]). Wenn es sich bei den §§ 1381, 1646 um einen gesetzlichen Rechtsübergang handelt, dann kommen die Vorschriften über Forderungsübertragung unmittelbar zur Anwendung. Diese Theorie setzt also voraus, daß der Erwerb zunächst für den Verwalter des fremden Vermögens eintritt und dann erst von ihm auf das Subjekt des Vermögens übergeht. Dieser Übergang muß sich aber unmittelbar mit dem Erwerbe vollziehen, sodaß das Recht eigentlich in keinem Moment ein Recht des Verwalters war. Wenn aber das Recht nie dem Verwalter gehört hat, so ist nicht einzusehen, wie es dann von ihm auf einen anderen übergehen kann. Auch die Theorie des gesetzlichen Rechtsübergangs ist abzulehnen, nicht nur für den Erwerb des Erbschaftsbesitzers, sondern auch für den Erwerb der Frau und des Kindes. Wie unhaltbar diese Theorie ist, zeigt sich sehr deutlich bei der Nacherbschaft. Da geht das Recht, das der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, beim Eintritt der Nacherbfolge nicht von ihm auf den Nacherben über; dieser erwirbt es nicht als ein Recht des Vorerben, sondern es fällt ihm unmittelbar kraft Gesetzes mit der übrigen Erbschaft zu.

IV. Das Recht, das der Verwalter des fremden Vermögens mit Mitteln dieses Vermögens erwirbt, geht nicht kraft Gesetzes von ihm auf das Subjekt des Vermögens über, sondern dieser erwirbt es unmittelbar kraft Gesetzes durch das Erwerbsgeschäft des Verwalters. Die Frau, das Kind, der Erbe, der Nacherbe leiten ihr Recht nicht vom bisherigen Inhaber des Rechts ab, sondern unmittelbar aus dem Gesetze, aus den in Frage stehenden Vorschriften. Dieser gesetzliche Rechtserwerb ist an mehrere Voraussetzungen geknüpft. Erstens muß ein Erwerbsgeschäft des Verwalters vorliegen und zweitens eine Ver-

[4]) So Thiele a. a. O., S. 68; Beyer a. a. O., S. 273. Unserer Ansicht Waller a. a. O., S. 41; S. 27, Anm. 2.

wendung von Mitteln des Vermögens. Wir haben bei der Untersuchung der §§ 1381, 2019 hervorgehoben, daß es sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten entscheidet, ob eine Verwendung von Mitteln vorliegt.

C. Es fragt sich nun, inwiefern eine Surrogation auf Grund dieser Vorschriften stattfindet. Wir haben bei der Untersuchung des § 2019 Gelegenheit gehabt, darauf hinzuweisen, daß die allgemeine Ansicht, welche den Erwerb mit Mitteln eines Vermögens identifiziert mit dem Erwerb durch eine dem Subjekt dieses Vermögens gegenüber wirksame Verfügung, unhaltbar ist. Sie hat bloß insofern Recht, als nur dann eine Surrogation vorliegt, wenn der kraft Gesetzes erworbene Gegenstand an Stelle eines anderen tritt, über den der Verwalter verfügt hat. Man kann insofern von einer dinglichen Surrogation reden, als das Subjekt des Vermögens den neuen Gegenstand selbst erwirbt und nicht bloß einen Anspruch gegen den Verwalter auf Übertragung desselben. Es muß aber nochmals hervorgehoben werden, daß mit dem Ausdruck dingliche Surrogation die hier in Betracht kommende Rechtserscheinung nicht charakterisiert ist. Nicht die Surrogation ist das juristisch interessante Phänomen, sondern der Rechtserwerb kraft Gesetzes.

D. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der § 1382 auf eine Linie zu setzen ist mit den anderen Vorschriften; denn auch hier handelt es sich um einen Eigentumserwerb kraft Gesetzes. Der Unterschied liegt nur in den Voraussetzungen, an die das Gesetz den Erwerb knüpft. Beim § 1382 muß nicht ein Erwerbsgeschäft des Verwalters, sondern nur eine Anschaffung eines Gegenstandes vorliegen, und ferner der Umstand, daß ein entsprechender Gegenstand wertlos oder abhanden gekommen ist. Für die juristische Beurteilung der Rechtserscheinung ist es schließlich gleichgültig, ob man diese Voraussetzung als

Einverleibung in das Haushaltsinventar oder bloß als Anschaffung bezeichnet. Damit ergibt sich aber auch der systematische Zusammenhang dieser Vorschriften mit denen, «die den Eigentumserwerb an Ersatzstücken einer Sachgesamtheit» anordnen (§§ 588, 1048 u. a.). Dieser Zusammenhang findet sich auch dadurch bestätigt, daß für die Nacherbschaft der § 2111 ausdrücklich auch das, was der Vorerbe einem Inventar einverleibt, denselben Rechtsfolgen unterwirft wie das, was der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Einen Rechtserwerb kraft Gesetzes haben wir aber auch bei der Gütergemeinschaft kennen gelernt. Durch die gesetzlichen Vorschriften der §§ 1483, 1519 wird das, was ein Ehegatte während der Gemeinschaft erwirbt, unmittelbar mit dem Erwerbe gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten. Die rechtliche Wirkung ist also dieselbe wie in den hier in Betracht kommenden Fällen, sie ist nur an keine weitere Voraussetzung geknüpft.

§ 9.

III. Das Wesen der Vorschriften über dingliche Surrogation in der sogenannten subjektiven Form.

A. I. Es sind drei Fälle, die sehr wohl voneinander zu unterscheiden sind, in denen der Surrogationsgrundsatz in der sogenannten subjektiven Form vorkommt. Der eine ist dadurch gegeben, daß ein Subjekt neben einem allgemeinen Vermögen ein Sondervermögen hat, z. B. die Frau und das Kind. Der andere hängt mit den eigentümlichen Verhältnissen bei der ehelichen Gütergemeinschaft zusammen, wo die Ehegatten neben dem Gesamtgut noch eigenes Gut besitzen, welches als Sondergut oder eingebrachtes Gut bezeichnet wird. Der dritte Fall liegt dann vor, wenn mehrere Subjekte neben ihrem eigenen Ver-

mögen ein Gesamtvermögen haben, dessen Subjekt sie alle zusammen sind, z. B. die Miterben und die Gesellschafter. Alle diese Fälle haben nun das gemeinsam, daß zwei Vermögensmassen in Betracht kommen, an denen ein und dasselbe Subjekt berechtigt ist. Es handelt sich nicht, wie in den Fällen des Surrogationsgrundsatzes in der sogenannten objektiven Form um eine Rechtsbeziehung zwischen zwei Subjekten, sondern um eine Beziehung zwischen zwei Vermögensmassen, zu denen ein Subjekt in Rechtsbeziehung steht.

II. Die Vorschrift in dieser subjektiven Form ordnet an, daß ein Rechtserwerb, der mit einer Vermögensmasse in Beziehung steht, wieder in diese Vermögensmasse fallen soll. Der Grund dieser Anordnung besteht darin, daß das erworbene Recht nach den allgemeinen Grundsätzen nicht in diese Vermögensmasse fließen würde, weil sie spezieller Art ist. Was die Frau und das Kind erwirbt, fällt in der Regel in ihr allgemeines Vermögen. Bei der Gütergemeinschaft fällt ein Erwerb eines Ehegatten in der Regel in das Gesamtgut. Wenn mehrere Subjekte ein Recht erwerben, so entsteht zwischen ihnen im allgemeinen eine Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen, d. h. das Recht zerfällt in Quotenberechtigungen, die sich auf die Einzelvermögen der Gemeinschafter verteilen. Soweit es sich nun um Rechte handelt, die auf Grund eines zur speziellen Vermögensmasse gehörenden Rechts oder als Ersatz für einen dazu gehörigen Gegenstand oder durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf diese Vermögensmasse bezieht, erworben werden, soll diese Regel nicht Platz greifen, vielmehr sollen die auf diese Weise erworbenen Rechte wieder in die spezielle Vermögensmasse fallen. Das ordnet die Surrogationsvorschrift in der sogenannten subjektiven Form an.

B. Der ausgesprochene Zweck dieser Anordnung ist der, den speziellen Vermögensmassen eine selbständige wirtschaftliche Entwicklung neben den anderen Ver-

mögensmassen zu sichern. Diese Wirkung wird auch erreicht durch die betrachteten Vorschriften. Auf Grund derselben ist die Entwicklung nicht mehr gefährdet durch die Anziehungskraft der anderen Vermögensmasse. Ein Rechtserwerb, der irgendwie in Zusammenhang mit diesem Vermögen steht, wächst ihm kraft der Surrogationsvorschrift wieder zu. Waller hat diese Wirkung als «zwangsläufige Selbstentwicklung» bezeichnen wollen. Dieser Ausdruck ist ebenso eine contradictio in adjecto wie der Begriff einer notwendigen Stellvertretung. Denn entweder entwickelt sich ein Vermögen von selbst, dann bedarf es keines Zwanges, um die Entwicklung herbeizuführen; oder die Entwicklung tritt nur auf Grund einer gesetzlichen Anordnung ein, dann kann man von «Selbstentwicklung» nicht reden. Der Ausdruck ist also so unglücklich wie nur möglich geprägt. Er ist aber auch aus dem Grunde abzulehnen, weil er auf einer unjuristischen Denkweise beruht. Das Rechtsobjekt, die wirtschaftliche Wirkung einer Rechtsvorschrift wird ins Auge gefaßt und nicht die Rechtsbeziehung. Was den Juristen interessiert, ist aber nicht die wirtschaftliche, sondern die juristische Wirkung einer Gesetzesbestimmung.

C. I. Welches ist die Rechtswirkung der Surrogationsvorschrift in der subjektiven Form? Zunächst ist festzustellen, daß im Gegensatze zu der Surrogationsvorschrift in der anderen Form auf Grund dieser Vorschrift der Rechtserwerb, den ein Subjekt nach den allgemeinen Grundsätzen macht, diesem erhalten bleibt. Was die Frau, das Kind oder der Ehegatte erwirbt, das bleibt sein Recht; was die Teilhaber einer Gemeinschaft zur gesamten Hand erwerben, das bleibt ihr Recht. Es wird sogar durch diese Vorschrift verhindert, daß bei der Gütergemeinschaft ein Recht, das ein Ehegatte erworben hat, Gesamtgut werde. Das erworbene Recht wird also seinem Subjekt erhalten,

aber es wird einer der beiden in Betracht kommenden Vermögensmassen zugewiesen. Das Recht wird Vorbehaltsgut, eingebrachtes Gut, Gesamtgut.

II. Wenn wir nur das Sondervermögen und das Gesamtvermögen in Betracht ziehen, so könnte es scheinen, als ob die Rechtswirkung darin bestände, daß die erworbenen Rechte den speziellen Vorschriften, auf welchen die Existenz dieser Vermögen beruht, unterworfen werden. Dann wäre aber die Vorschrift des § 1524 für das eingebrachte Gut eines Ehegatten bei der Errungenschaftsgemeinschaft ein ganz besonderer Fall. Denn auf dieses Vermögen finden keine besondere Vorschriften Anwendung, sondern die allgemeinen Grundsätze. Es ist im Gegensatze zum Gesamtgut nicht Sondervermögen, sondern Einzelvermögen, wie wir an geeigneter Stelle hervorgehoben haben. Aber gerade dieser Fall des § 1524 vermag zu zeigen, worauf es hier ankommt. Wir haben gesehen, daß bei der ehelichen Gütergemeinschaft prinzipiell alles Vermögen der Ehegatten Gesamtvermögen ist, daß insbesondere jedes Recht, das einer von ihnen während der Gütergemeinschaft erwirbt, prinzipiell in das Gesamtgut fällt (auf Grund der §§ 1437, 1519). Der § 1524 soll nun verhindern, daß ein Recht, dessen Erwerb in Beziehung zum eingebrachten Gut steht, auch ins Gesamtgut falle. Er soll also die Wirkung des § 1519 ausschließen.

III. Dasselbe Phänomen können wir aber auch in allen anderen Fällen beobachten, wo eine Vorschrift in der gedachten Fassung vorkommt. Der § 1370 bewirkt, daß ein Recht der Frau nicht unter die Vorschrift des § 1363 fällt, wonach prinzipiell jedes Recht, das die Frau erwirbt, unmittelbar mit dem Erwerb des Mannes der Verwaltung und Nutznießung unterworfen wird. Der § 1370 hebt also die Rechtswirkung des § 1363 auf. Ebenso hebt auch § 1638 das Verwaltungsrecht des Vaters auf, das ihm auf

Grund des § 1627 kraft seiner elterlichen Gewalt am Kindesvermögen zusteht. Wir haben auch bei dem Gesamtvermögen hervorgehoben, daß die Vorschriften, die sich dort finden, die Anwendung der Vorschrift des § 741 ausschließen sollen. Immer ist es also eine ganz bestimmte Vorschrift, deren Anwendung durch die in Betracht kommenden Vorschriften ausgeschlossen werden soll. Die rechtliche Wirkung dieser Vorschriften besteht also darin, daß sie den Eintritt eines bestimmten Rechtsvorganges verhindern, der im allgemeinen angeordnet ist.

D. Diese rechtliche Wirkung findet statt, wenn etwas auf Grund eines zu einer speziellen Vermögensmasse gehörenden Rechts oder als Ersatz für einen dazu gehörenden Gegenstandes oder durch Rechtsgeschäft, das sich auf dieses Vermögen bezieht, erworben wird. Das Gesetz knüpft also die Rechtswirkung dieser Vorschriften an die Voraussetzung, daß eine Beziehung des Rechtserwerbs zu der Vermögensmasse bestehe; und zwar eine wirtschaftliche und keine rechtliche. Denn es entscheidet sich zwar nach rechtlichen Gesichtspunkten, zu welchem Vermögen das Recht gehört, auf Grund dessen ein Surrogat erworben wird oder welches ersetzt wird. Aber es ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, ob der Erwerb des Surrogates zum Vermögen in Beziehung steht.

Das wird von Beyer[1]) bestritten für die beiden ersten Fälle. Dieser Schriftsteller versucht nachzuweisen, «daß als ein auf Grund eines . . . Rechtes gemachter Erwerb sich nur derjenige darstellt, welcher ganz ohne vermittelndes Umsatzgeschäft erzielt wird» (S. 214). Ebenso muß sich der Erwerb eines Ersatzes ganz ohne vermittelndes Rechtsgeschäft vollzogen haben. Daraus ergibt sich dann mit Recht die Konsequenz, «daß unter diesen

[1]) Beyer a. a. O., S. 209 ff.

Begriff (Ersatz) nur ein Ersatzanspruch, nicht auch eine auf Grund eines derartigen Anspruchs bezahlte Summe fällt» (S. 14). Diese Ansicht wird damit begründet[2]), daß jeder in Betracht kommende rechtsgeschäftliche Erwerb sich als ein Erwerb durch Rechtsgeschäft, das sich auf ein Vermögen bezieht, darstellt, sodaß im Gegensatz zu diesem rechtsgeschäftlichen Erwerb der Erwerb auf Grund eines Rechts oder als Ersatz eines Rechts als gesetzlicher Erwerb zu bezeichnen ist. Das ergebe sich daraus, daß jeder Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln eines Vermögens auch ein Erwerb durch Rechtsgeschäft ist, das sich auf dieses Vermögen bezieht; und nur solche Fälle rechtsgeschäftlichen Erwerbs kämen in Betracht. Diese Auffassung ist aber unhaltbar. Denn auch nach unserer Ansicht muß sich nicht der Erwerb, sondern das den Erwerb herbeiführende Rechtsgeschäft auf das betreffende Vermögen beziehen. Aber ein Rechtsgeschäft, das einen Güteraustausch veranlaßt, stellt nicht schon dadurch die gewollte Beziehung zum Vermögen her, daß einer der in Betracht kommenden Gegenstände zu diesem Vermögen gehört. Erst bei der Verfügung, die infolge dieses Rechtsgeschäft über einen Vermögensgegenstand getroffen wird, liegt diese Beziehung vor, aber dann kein Erwerb.

Die Ansicht, die in der Kommission[3]) zum Ausdruck gekommen ist, daß unter ein Rechtsgeschäft, das sich auf ein Vermögen bezieht, nicht immer auch ein Rechtsgeschäft, das mit Mitteln des Vermögens gemacht ist, verstanden werden dürfe, ist meines Erachtens durchaus berechtigt und entspricht auch den Ausführungen in den Motiven[4]). Es kann sich aber andererseits ein Erwerb mit Mitteln als ein Erwerb auf Grund eines Rechts darstellen (z. B. die Mietszinsen). Ebenso

[2]) Beyer a. a. O., S. 222 ff.
[3]) Vgl. Protokolle, Bd. 6, S. 326.
[4]) Motive, Bd. 4, S. 177.

kann auch der Erwerb eines Ersatzes als Erwerb auf Grund eines Rechts erscheinen. Die drei verschiedenen Arten des Erwerbs stehen nicht in einem solchen Verhältnis zueinander, daß eine die andere ausschließt. Das könnte der Fall sein, wenn man sie als juristische Vorgänge charakterisieren könnte. Die hier aufgestellten Begriffe bezeichnen aber lediglich wirtschaftliche Vorgänge. Es entscheidet sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, ob ein Erwerb auf Grund eines Rechts oder ein Erwerb eines Ersatzes oder ein Erwerb durch Rechtsgeschäft, daß sich auf ein Vermögen bezieht, vorliegt. Es muß ein wirtschaftlicher Zusammenhang des Erwerbs mit der Vermögensmasse gegeben sein.

E. Es ist von ganz zufälligen Umständen abhängig, ob auf Grund der hier in Betracht kommenden Vorschriften tatsächlich eine Surrogation statfindet, d. h. ein Gegenstand an die Stelle eines anderen tritt. Die Wirkung dieser Vorschriften kann zwar derart sein, daß man von einem tatsächlichen Ersatzvorgang sprechen kann. Die Vorschriften können aber auch einen Bereicherungsvorgang bewirken, den man als Bewidmung bezeichnet hat. Da aber nicht die wirtschaftliche Wirkung einer gesetzlichen Vorschrift entscheidend sein kann für ihre juristische Beurteilung und Charakterisierung, sondern allein die rechtliche Wirkung; so ist auch der Abs. 1 des § 718 in demselben systematischen Zusammenhang wie die hier in Frage stehenden Vorschriften zu behandeln. Denn seine rechtliche Wirkung ist dieselbe wie bei diesen, nur die wirtschaftliche Wirkung ist nicht immer dieselbe. Was für die Gesellschaft erworben ist, ist nicht notwendig in Beziehung zum Gesellschaftsvermögen erworben.

F. Es erübrigt sich noch, ein kurzes Wort zu sagen über den Erwerb durch Rechtsgeschäft, das sich auf ein Vermögen bezieht. Von den Motiven und den Protokollen und, im Anschluß an sie, von den Kommentaren wird allge-

mein gefordert, daß die Beziehung nicht bloß eine objektive sei, sondern auch eine subjektive: Der Erwerber muß das Rechtsgeschäft auch für das Vermögen vornehmen wollen, damit die gewollte Beziehung vorliege. Durch das allgemeine Wort Beziehung wird aber meines Erachtens das Wesen des geforderten Rechtsgeschäfts nicht klar genug charakterisiert. Um zu erkennen, was für ein Rechtsgeschäft gemeint ist, ist zurückzugehen auf den Zweck der Vorschriften. Wir haben mehrfach Gelegenheit gehabt, hervorzuheben, daß sie eine odnungsmäßige, zweckmäßige Verwaltung des Vermögens ermöglichen sollen. Daraus scheint sich mir zu ergeben, daß unter diesen Rechtsgeschäften Verwaltungsgeschäfte gemeint sind. Sie müssen nun nicht nur objektiv betrachtet Verwaltungsgeschäfte sein, sondern sie müssen auch als solche, d. h. mit dem Willen zu verwalten, vorgenommen sein.

Schluss.

§ 10.

Die Unmöglichkeit einer analogen Anwendung der Surrogationsvorschriften.

Die in Betracht gezogenen Vorschriften des B. G. B. sind neue und eigenartige Rechtserscheinungen, denen die Literatur am Anfang fremd gegenüber gestanden hat. Eigenartig sind sie insofern, als ihre rechtliche Wirkung von wirtschaftlichen, tatsächlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Man ließ sich durch diese Eigenartigkeit so sehr blenden, daß man ihre juristische Cha-

rakterisierung verfehlte. Auf einer Verkennung ihrer juristischen Eigentümlichkeit beruht es auch, wenn man eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf andere Fälle fordert. Insbesondere will man den §§ 1646 auf das Vormundschaftsrecht anwenden. Daß dies undenkbar ist, leuchtet sofort ein, wenn man sich klar macht, daß § 1646 einen gesetzlichen Rechtserwerb anordnet. Ein solcher kann aber nur dann stattfinden, wenn eine ausdrückliche Bestimmung dafür gegeben ist. Ebensowenig kann man die Vorschriften in der anderen Fassung analog anwenden, etwa auf andere Sondervermögen. Denn wie wir gesehen haben, bewirken diese eben den Ausschluß der Anwendung einer bestimmten allgemeineren Vorschrift. Die Anwendung einer bestimmten Vorschrift kann aber nur durch eine andere gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen werden. Die untersuchten Vorschriften sind also auch in der Beziehung eigenartig, daß eine analoge Anwendung derselben begrifflich ausgeschlossen ist. Insofern ist es auch ganz richtig zu sagen, daß hier eine kasuistische Regelung vorliegt. Das ist im Wesen dieser Vorschriften begründet. Wir haben aber andererseits auch erkannt, daß die Eigenartigkeit der in Betracht kommenden Vorschriften keines Falls durch den Begriff der Surrogation gekennzeichnet werden kann.

Literatur-Übersicht.

Bellermann, Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer, Straßb. Diss. 1910.

Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im B. G. B., Marburg 1905

Binder, Die Rechtsstellung des Erben, Bd. 3, Leipzig 1905.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1903.

Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 8./9. Aufl., 1903.

Feist, Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrecht des B. G. B., Tübinger Diss. 1903.

Frommhold, Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1904.

Hasse im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 5, Nr. 1.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Holldack in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 32, S. 557 ff.

Kohler im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 22, S. 1 ff.

Langenheineken, Anspruch auf Einrede, Leipzig 1903.

Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. 1, Leipzig 1912.

Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, Jena 1899.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B.

Mühlenbruch im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 17, Nr. 2.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 1906.

Opet-Blume, Familienrecht, Berlin 1904.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., 1903/07.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des B. G. B.

Raasch, Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage, Diss., Greifswald 1903.

Scherer, Erklärung des Satzes: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, Diss., Göttingen 1890.

Schmidt-Habicht, Familienrecht, München 1904.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B., 5./6. Aufl. 1910/11.

Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 1903/04.

Thiele im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 91, S. 1 ff.

von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910.

Waller, «Surrogation», Diss., Bonn 1904.

Windmüller, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii, Diss., Heidelberg 1902.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.